

DIE VERANTWORTUNG DES STAATES FÜR DIE EISENBAHN

Zur verfassungsrechtlichen Herleitung einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung und zu ihrer Normierung in Art. 87e Abs. 4 GG

Dissertationsschrift zur Erreichung des Akademischen Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

an der

Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften
Speyer

vorgelegt von
Thomas Hammer

15. Dezember 2019

Tag der mündlichen Prüfung:

2. November 2018

Inhalt

INHALTSVERZEICHNIS.....	1
EINLEITUNG UND THEMENSTELLUNG.....	6
I. Gegenstand der Arbeit	6
II. Prämissen und Vorverständnisse	8
III. Gang der Untersuchung.....	12
 ERSTER TEIL. DAS KOORDINATENSYSTEM DES	
EISENBAHNRECHTS	15
 1. Kapitel: Europäische Vorgaben	16
A. Wirtschaftsordnung, Privatisierung, Marktöffnungsvorgaben	16
I. Wirtschaftsordnung und öffentliche Unternehmen	16
II. Privatisierung und Marktöffnungsvorgaben	17
B. Europäisches Eisenbahnrecht	19
I. Einleitung.....	19
II. Kompetenzen der Europäischen Union.....	22
III. Sekundärrechtsakte	25
1. Chronologie	25
2. Grundlagen des Sekundärrechts mit Bezug zur hiesigen Untersuchung.....	29
IV. Konfliktlinien mit dem mitgliedstaatlichen Eisenbahnrecht	32
1. Grundsätzliches	32
2. Methodische Konsequenzen	34
 2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen.....	38
A. Rückblick.....	38
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben	38
II. Einfachgesetzliche Ausgestaltung	40

1. Grundsätzliches	40
2. Insbesondere: Monopolstellung	43
B. Strukturmerkmale des geltenden Eisenbahnverfassungsrechts	48
I. Reformidee: Systemwechsel.....	48
II. Trennung von Leistungsanbietung und Hoheitsaufgabe	53
1. Grundidee.....	53
2. Eisenbahndienstleistungen	55
3. Eisenbahnverkehrsverwaltung.....	56
III. Regionalisierung: Aufgaben- und Verantwortungsverlagerung zu den Ländern	61
IV. Liberalisierung des Eisenbahnwesens	63
1. Öffnung des Marktes und Abschaffung der Monopolstruktur.....	63
2. Wettbewerbsausrichtung der Eisenbahnverfassung?	64
V. Eisenbahnen des Bundes	65
1. Von den Bundeseisenbahnen zur Deutschen Bahn AG	65
2. Mehrheitliche Anteilseignerschaft	66
3. Organisation in Privatrechtsform	67
4. Trennung von Netz und Betrieb	67
5. Führung als Wirtschaftsunternehmen	68
6. Keine Pflicht zur Kapitalprivatisierung	72
7. Begrenzte Kapitalmarktfähigkeit: der Schienenwegvorbehalt	72
ZWEITER TEIL. STAATLICHE VERANTWORTUNG	74
3. Kapitel: Privatisierung im Eisenbahnsektor	75
A. Privatisierung als Entstaatlichung.....	76
B. Privatisierungstypologie	78
I. Organisationsprivatisierung, funktionale Privatisierung sowie Kapitalprivatisierung	79
II. Insbesondere: Aufgabenprivatisierung.....	80
1. Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben	81
2. Staatsaufgaben als Privatisierungsgegenstand.....	87
3. Aufgabenprivatisierung auch bei wirtschaftlicher Betätigung des Staates.....	88
4. Aufgabenwandel des Staates.....	89
5. Keine Gemeinwohlverpflichtung der Privaten durch die Aufgabenprivatisierung	90

C. Einordnung der verfassungsrechtlichen Bahnreform	91
I. Organisationsprivatisierung	91
II. Aufgabenprivatisierung	92
1. Aufgabenentlassung: Eisenbahndienstleistungen als marktgängiges Gut	92
2. Keine Gemeinwohlgebundenheit der Eisenbahnen des Bundes	93
3. Gegenstand der Aufgabenprivatisierung	95
4. Folge: Betätigungsverbot des Bundes	96
III. Zusammenfassung	96
IV. Kapitalprivatisierung	97
4. Kapitel: Verantwortung als Beschreibung verbleibender staatlicher Bindungen	99
A. Prolog: Verantwortungsbegriffe	99
B. Verantwortung	100
C. Die klassische Typologie der Verantwortungsstufen	101
I. Stand in der Literatur	101
II. Insbesondere: Gewährleistungsverantwortung	101
5. Kapitel: Verfassungsrechtliche Herleitung einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung	105
A. Einleitung	105
B. Begriff der Sicherstellungsverantwortung	106
I. Begriffsprägung	106
II. Sicherstellungsverantwortung und Gewährleistungsverantwortung	107
C. These: Sicherstellungsverantwortung als Vertrauenstatbestand	108
D. Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip	109
E. Konstruktion der Sicherstellungsverantwortung	111
I. Objektive Rechtspflichten aus einem Vertrauensschutztatbestand	111
1. Aufriss	111
2. Monopolstrukturen als vertrauensbildende Maßnahmen	111
3. Die Aufgabenprivatisierung als auslösendes Moment	112
II. Der Umfang der entstehenden Verantwortung	113
III. Der Verpflichtete staatlicher Sicherstellungsverantwortung	115
IV. Gibt es einen Berechtigten? Die Frage nach der Subjektivierung der Rechtspflicht	116
V. Ewigkeitshaftung des Staates?	116

VI. Zusammenfassung	117
DRITTER TEIL. DIE VERANTWORTUNG DES STAATES FÜR DIE EISENBAHN	118
6. Kapitel: Verfassungsrechtliche Sicherstellungspflicht für Eisenbahndienstleistungen....	119
A. Sektorspezifische Norm: Art. 87e Abs. 4 GG.....	119
I. Art. 87e Abs. 4 GG als geschriebene Sicherstellungsverantwortung	119
II. Grundaussagen der Vorschrift	120
III. Rechtliche Verbindlichkeit.....	123
IV. Rechtsnatur der Vorschrift	124
V. Adressat der Norm	125
VI. Keine subjektiv-öffentlichen Rechte.....	126
B. Funktionen der Norm.....	127
I. Hauptfunktion: Programmierung staatlicher Privatisierungsfolgenmaßnahmen	127
II. Ergänzende Funktion: Eingriffsrechtfertigung	128
C. Struktur der Sicherstellungsentscheidung.....	128
I. Grundsätzliches	128
II. Planerische Abwägungsentscheidung.....	130
7. Kapitel: Erfüllung der Sicherstellungsverantwortung	133
A. Mittel zur Erfüllung der Sicherstellungsverpflichtung.....	133
B. Der Konflikt zwischen dem Sicherstellungsauftrag und seinen Grenzen	133
I. Wettbewerbsverpflichtung der Eisenbahnen des Bundes	133
1. Keine Grundrechtsberechtigung der Eisenbahnen des Bundes	134
2. Stattdessen: Wirtschaftlichkeitsverpflichtung als subjektiv-öffentliches Recht der Eisenbahnen des Bundes.....	136
II. Grundrechte auf Seiten der nicht-bundeseigenen Eisenbahnunternehmen	139
C. Der staatliche Instrumentenkasten: Privatisierungsfolgenrecht	139
I. Privatisierungsfolgenrecht als einfach-gesetzliche Handlungsform	139
1. Begriff des Privatisierungsfolgenrechts	139
2. Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Eisenbahnsektor	142
3. Marktregulierung durch Recht	142
4. Regulierung durch Gesetz: Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) und	

Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG).....	145
Zusammenfassung in Thesen.....	147
Literatur.....	152
Lebenslauf.....	164

Einleitung und Themenstellung

I. Gegenstand der Arbeit

Im Zuge einer Entscheidung, die die Privatisierung einer Staatsaufgabe zum Gegenstand hat, stellt sich für die privatisierende öffentliche Hand die Frage, ob sie auch nach der Privatisierung in einem gewissen Umfang weiterhin in der Verantwortung steht oder ob keinerlei Bindungen mehr festzustellen sind und damit einziges Regulativ die Recht- und Verfassungsmäßigkeit der Privatisierungsentscheidung ist. Die hier vorgelegte Arbeit macht es sich zur Aufgabe, aus dem Verfassungsrecht eine Rahmenordnung für die Gestaltung des Rechts – wie auch etwaiger Maßnahmen im Einzelfall – nach einer Privatisierungsentscheidung zu entwickeln. Hierbei wird ganz maßgeblich auf den Begriff der „Sicherstellungsverantwortung“ zurückgegriffen und dieser aus dem Verfassungsrecht heraus begründet.

Die Arbeit übernimmt den mittlerweile fast schon klassischen Kanon verschiedener staatsrechtlicher und verwaltungswissenschaftlicher Verantwortungskategorien – vor allem Erfüllungsverantwortung, Gewährleistungsverantwortung sowie Auffangverantwortung – und setzt sie in Bezug zu einer solchen Sicherstellungsverantwortung, deren Entstehen vor allem darauf beruht, dass sie vom vormals leistenden Staat durch eine Privatisierungsentscheidung kausal ins Werk gesetzt wird und vornehmlich auf dem Grundsatz des Vertrauensschutzes beruht.

Im Folgenden wird aufzuzeigen sein, dass es sich bei der in Art. 87e Abs. 4 GG niedergelegten staatlichen Verpflichtung – jedenfalls funktionell – um die Normierung einer Sicherstellungsverantwortung nach der hiesigen Konzeption handelt und der Rekurs auf eine allgemeine staatliche Gewährleistungsverantwortung für das Eisenbahnwesen nicht zur Anwendung gelangen muss. Die Arbeit wird sich – soweit das Eisenbahnverfassungsrecht konkret in den Blick genommen wird – auf diejenigen Sicherstellungstatbestände beschränken, die dem Bund obliegen: es sind dies die Infrastruktur der Eisenbahnen des Bundes als Ganzes sowie der Betrieb des Fernverkehrs durch die Eisenbahnen des Bundes.

Ausgenommen wird damit im Wesentlichen der Schienenpersonennahverkehr, wobei an vereinzelten Stellen hierauf für den Gesamtzusammenhang eingegangen

werden wird. Sofern die Privatisierungsfolgenmaßnahmen betrachtet werden, erfolgt eine Fokussierung auf bestimmte Handlungsformen des Staates. Im Vordergrund stehen die Anforderungen an eine verfassungsrechtlich taugliche Ausgestaltung des Privatisierungsfolgenrechts und die Vorgaben der Sicherstellungsverantwortung an die staatlichen Rechtsanwender im Einzelfall, namentlich Verwaltung und Gerichte. Nur am Rande wird erörtert werden, welche Möglichkeiten der gesellschaftsrechtlichen Einflussnahme dem Bund bei den Eisenbahnen des Bundes offenstehen und wie er hiervon – mit Rücksicht auf das Spannungsverhältnis von Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG zu Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG – Gebrauch machen kann, um seiner eigenen Sicherstellungsverpflichtung nachzukommen und trotzdem die Eigenständigkeit der Eisenbahnen des Bundes zu wahren.¹ Besonderheiten gelten insofern im Zusammenhang mit einer Sicherstellungsverantwortung denjenigen Schienenbahnunternehmen gegenüber, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind, aber trotzdem auch dazu beitragen, dass eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird. Hierauf wird zurückzukommen sein.

In den Blick genommen wird zudem der heutige *status quo*, nämlich, dass es sich sowohl bei der Infrastruktur der Eisenbahnen des Bundes sowie der Betrieb des Fernverkehrs durch die Eisenbahnen des Bundes um Gegenstände der ausdrücklichen grundgesetzlichen Sicherstellungsklausel des Art. 87e Abs. 4 GG handelt. Damit bleibt im Wesentlichen der zwar einmal geplante – und fast auch geglückte – Börsengang der DB Mobility Logistics AG außer Betracht. An einzelnen Stellen wird hierauf zwar verwiesen, aber die Wahrscheinlichkeit dieses Börsengangs ist deutlich gesunken im Vergleich zur Wahrscheinlichkeit in der politischen und wirtschaftlichen Stimmung der Jahre 2008 und 2009.

Selbstverständlich wird aber im Rahmen des Art. 87e Abs. 4 GG untersucht, welche Veränderungsmöglichkeiten bestehen. Dies erfolgt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die sektorspezifische Sicherstellungsnorm des Art. 87e Abs. 4 GG in-

¹ Bereits an dieser Stelle kann darauf hingewiesen werden, dass sich hierzu auch bereits ausführliche Untersuchungen verfasst worden sind, namentlich *S. Wilkens*, Wettbewerbsprinzip und Gemeinwohlorientierung bei der Erbringung von Eisenbahndienstleistungen: Zum Verhältnis von Art. 87e III und IV GG, 2006 sowie *E. Heise*, Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung: Eine Untersuchung des Art. 87e GG und der besonderen Bedeutung der Eigentümerstellung des Bundes, 2013.

soweit dynamisch ausgestaltet ist, als sie ihren Regelungszugriff auch von den Kapitalbeteiligungsverhältnissen des Bundes an der Deutschen Bahn AG abhängig macht.²

II. Prämissen und Vorverständnisse

Leitend für die vorgelegte Arbeit ist hierbei zunächst eine Abschtichung und Gegenüberstellung verschiedener Verantwortungsmodelle und Verantwortungsebenen. Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung in der überkommenen Konnotation und Begriffsausfüllung wird übernommen. Er lässt sich hier im Rahmen dieser Einleitung skizzieren als diejenige staatliche Verantwortung, die sich aus der Rechtsordnung im Hinblick auf eine ausdifferenzierte Aufgabenverteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor ableiten lässt. Beschrieben werden häufig Aufgabenfelder und Gruppen von Staatsaufgaben. Diese Gewährleistungsverantwortung hat rechtliche Relevanz, tatsächlich aber auch vor allem ordnende sowie beschreibende Wirkungen. Eine rechtliche Kontrolle ihrer Einhaltung wird vor allem durch das Untermaßverbot gewährleistet, das dem Staat in Bezug auf konkrete Grundrechtsgewährleistungen – manches Mal gepaart mit Staatsstrukturprinzipien wie dem Sozialstaatsprinzip – Handlungspflichten auferlegen kann. Die Gewährleistungsverantwortung ist eine staatliche Verantwortung, die dem Staat mit dem Ziel einer Gewährleistung beziehungsweise einer Überwachung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung verbleibt, wenn eine öffentliche Aufgabe durch Private ganz oder auch nur teilweise erfüllt wird.

Resultat einer solchen Gewährleistungsverantwortung, ist – sofern sich der Staat ihrer stellt – die Implementierung einer gewährleistenden Verwaltung. Schon aus dieser ersten Annäherung wird deutlich, dass diese Gewährleistungsverantwortung eine vormalige, erfüllende Befassung des Staates mit der genannten Aufgabe gar nicht voraussetzt. Gewährleistungsverantwortung entsteht damit unabhängig von Privatisierungsentscheidungen und konkreter Aufgabenwahrnehmung; sie speist sich primär aus der Gemeinwohlrelevanz der Aufgabe. Dem steht auch nicht entgegen, dass die

² Anlässlich der Frage, ob es sich bei der Deutschen Bahn AG bzw. ihrer Konzerngesellschaften noch um „Eisenbahnen des Bundes“ handelt.

Frage nach einer Gewährleistungsverantwortung des Staates häufig genug im Zusammenhang der Frage nach den Nachwirkungen einer Privatisierung gestellt wird. Diese – partiell rechtspraktische – Betrachtung darf nicht dazu verleiten, die Gewährleistungsverantwortung auf die Diskussion staatlicher Privatisierungsvorgänge zu verengen und damit das Modell unnötigen Restriktionen zu unterwerfen.

Demgegenüber prägt die Sicherstellungsverantwortung nach hiesiger Konzeption eine strenge Verknüpfung mit der Privatisierung von Staatsaufgaben: erst wenn eine Aufgabe vom Staat im Zuge der Leistungsverwaltung erfüllt worden ist, erstarkt ein Vertrauenstatbestand auf Seiten der Bürger und anderer Profiteure staatlicher Leistungserbringung, den es rechtlich abzubilden gilt, wenn der Staat sich der Aufgabenerfüllung entledigt. Wann eine solche Sicherstellungsverantwortung festzustellen ist, dafür will die Arbeit einen Maßstabsansatz liefern. Diese Verantwortung kann nach meinem Verständnis auch dann vorhanden sein, wenn sich der Gesetzgeber nicht dazu verhält und sie demgemäß auch nicht ausdrücklich gesetzlich festschreibt. Ist dies jedoch der Fall – wie in der Normierung in den Artt. 87e Abs. 4, 87f Abs. 1 GG – so ist das Verhältnis zwischen dieser normierten Sicherstellungsverantwortung und derjenigen aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen näher zu betrachten.

Nach hiesiger Konzeption sind demnach drei Verantwortungslinien zu unterscheiden, die sich überschneiden können, aber dies nicht zwingend müssen. Häufig greifen sie ineinander und ergänzen sich, obwohl sie unterschiedliche Geltungsgründe haben, die ihnen rechtliche Verbindlichkeit verleihen. Hypothese ist, dass der Grad der Verbindlichkeit ein unterschiedlicher ist und die verschiedenen Verantwortungsebenen sich durch eine ansteigende Verantwortungstiefe und einer damit einhergehenden Verpflichtungstiefe auszeichnen, wobei insoweit die Gewährleistungsverantwortung als Startpunkt fungiert und die gesetzlich normierte Sicherstellungsverantwortung den Endpunkt darstellt. Betrachtungsgegenstand im Hinblick auf die Sicherstellungsverantwortung sind nur solche Privatisierungsvorgänge, **die eine Aufgabenprivatisierung enthalten**.

Bei solchen Privatisierungen wird eine vormals staatliche Aufgabe aus der staatlichen Erfüllung entlassen und vollständig – oder jedenfalls hinsichtlich organisato-

risch und funktionell abgrenzbarer Teile – den Kräften der Gesellschaft zur Ausführung überlassen. Sie verliert hinsichtlich der Leistungserbringung ihre Bezeichnung als Staatsaufgabe. Ist diese Aufgabenprivatisierung dann noch mit der Auflösung eines staatlichen Monopols verbunden, so erfolgt mit der Privatisierung zugleich eine Liberalisierung dergestalt, dass das vormalig bestehende Betätigungsverbot für Private aufgehoben wird. Es handelt sich hierbei um eine qualifizierte Aufgabenprivatisierung.

Vormalige staatliche Aufgaben verlieren jedoch durch eine Aufgabenprivatisierung nur ihre Einordnung als *staatliche* Aufgaben, werden aber nicht ihrer Öffentlichkeitsnützlichkeit, ihrer Gemeinwohlgeneigntheit beraubt. Öffentliche Aufgaben können in der Folge sowohl von der öffentlichen Hand wie auch von Privaten erfüllt werden, eine Alleinzuständigkeit zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zugunsten des Staates ist dem deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht fremd. **Es wird zu zeigen sein, dass es eine Pflicht der Gesellschaft zur Erfüllung einer vormaligen staatlichen Aufgabe und damit eine Aufgabenübertragung im Grundsatz nicht geben kann. Deswegen beschränkt sich die Aufgabenprivatisierung auf eine reine Aufgabenentlassung ohne weitergebenden Akt.** Im Idealfall nehmen gesellschaftliche Kräfte sich der weiteren Ausführung an, da sie sich von der Aufgabenerfüllung einen persönlichen, häufig monetären Gewinn versprechen. Sie handeln also im Grundsatz aus einer individualistischen Motivation, die aber zugleich der Gesellschaft als ganzer zugutekommen kann. Die Freiheitsausübung – häufig Grundrechtsausübung – des Einzelnen wird dadurch in ihren Wirkungen gleichsam sozialisiert.

Besonderheiten entstehen hierbei naturgemäß, wenn sich Kräfte der Aufgabenwahrnehmung widmen, die nicht ohne weiteres als freiheits- und grundrechtsberechtigt wahrgenommen werden, sondern es sich hierbei um Unternehmungen handelt, die vollständig oder zu einem gewissen Teil im Anteilseigentum des Staates stehen. Diese Frage – insoweit hier der sogleich folgenden Themenauswahl vorgegriffen – stellt sich im Rahmen dieser Arbeit ganz besonders deswegen, weil die Deutsche Bahn AG immer noch ein Unternehmen ist, das dem Bund im Sinne einer Aktienzugehörigkeit vollständig gehört. Hier ist zu fragen, ob die Betätigung solcher staatlichen oder staatsnahen Unternehmen nicht – im Wege einer Gesamtbetrachtung – es

im Einzelfall als zweifelhaft erscheinen lässt, ob eine Aufgabe aus ihrer Staatlichkeit entlassen wurde oder es sich nicht vielmehr um eine Liberalisierung unter Aufrechterhaltung genuin staatlicher Betätigung handelt. Mit anderen Worten: handelt hier wirklich ein Privater oder muss nicht doch von einer Verwaltung in Privatrechtsform ausgegangen werden?

Besonders deutlich wird dieser Wechsel der Aufgabenqualität bei solchen Aufgaben, die der Staat in monopolistischer Manier betrieben hat. Aus diesem Feld heraus greift die Arbeit ihr Referenzgebiet: die Privatisierung der vormaligen Bundeseisenbahnen durch die verfassungsrechtliche Bahnreform der Jahre 1993/1994. Die Arbeit wählt einen vornehmlich verfassungsrechtlichen Zugriff auf den Komplex der rechtlichen Voraussetzungen von verpflichtenden Privatisierungsfolgen – sei es im Zusammenhang mit der Schaffung von Rechtssätzen (Privatisierungsfolgenrecht) oder mit Einzelmaßnahmen beziehungsweise Maßnahmenbündeln (Privatisierungsfolgenmaßnahmen).

Ausgehend von den Vorgaben des Grundgesetzes wird eine staatliche Verantwortungskonzeption entwickelt. Als Leitidee und Grundthese fungiert hierbei die bereits weiter oben angesprochene Annahme, dass eine rechtlich verbindliche Sicherstellungsverantwortung des Staates nach einer Aufgabenprivatisierung auch dann messbar sein kann, wenn das Grundgesetz eine solche Verantwortung nicht ausdrücklich normiert, wie dies zum Beispiel mit den Art. 87e Abs. 4 GG und – im Zusammenhang mit der Gewährleistung der des Post- und Telekommunikationswesens – Art. 87f Abs. 1 GG geschehen ist. Ziel der Arbeit ist sodann die Bestimmung einer sektorspezifischen Sicherstellungsverantwortung für die aufgabenprivatisierten Eisenbahndienstleistungen.

Prägend wird hierbei die These sein, dass sich eine verfassungsrechtliche Sicherstellungsverantwortung nach einer Aufgabenprivatisierung primär aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes ergibt und sonstige verfassungsrechtliche Vorgaben wie beispielsweise Grundrechte in ihrer Schutzpflichtenkonstellation wie auch das Sozialstaatsgebot nur flankierend hinzutreten, aber dem Vertrauensschutzprinzip untergeordnet bleiben. Diese entfalten bei einer allgemeiner gehaltenen Gewährleistungsverantwortung ihre Kraft und strukturieren so eine Gewährleistungsentscheidung des

Staates, unabhängig von einer konkreten Privatisierungsentscheidung. Eine Sicherstellungsverantwortung wird – wie zu zeigen sein wird – jedenfalls immer dann feststellbar sein, wenn eine Aufgabe der klassischen Leistungsverwaltung in Gestalt eines Monopols betrieben wurde, wobei es nur bedingt darauf ankommen wird, ob sich dieses Monopol als echtes Verwaltungsmonopol charakterisieren lässt oder von einem qualifizierten rechtlichen Monopol auszugehen ist.

III. Gang der Untersuchung

Im *Ersten Teil* der Arbeit wird das Koordinatensystem des Eisenbahnrechts dargestellt. Hier geht es insbesondere um eine problembezogene Darstellung der europarechtlichen sowie verfassungsrechtlichen Vorgaben für das einfachgesetzliche Eisenbahnrecht. Nur bei Kenntnis dieser Maßstäbe können im Folgenden sektorspezifische Vorgaben für die Gestaltung einer Privatisierung – und damit sowohl des Privatisierungsfolgenrechts wie auch der Privatisierungsfolgenmaßnahmen – entwickelt werden, die nicht quer liegen zu den Systementscheidungen des Europarechts und des Grundgesetzes in der Fassung der Bahnreform. Als Grundlage für die beschriebene Untersuchung werden in der gebotenen Kürze die einschlägigen europa- und verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Eisenbahnwesens erörtert. Sie stellen gewissermaßen ein Koordinatensystem dar, in welches sich eine stimmige Konzeption einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung einfügen muss.

Der *Zweite Teil* der Arbeit legt den Grundstock für das hiesige Verständnis von Gewährleistungs- und Sicherstellungsverantwortung. Zunächst wird aufgezeigt, welche Privatisierungstypologien bestehen und wie die verfassungsrechtliche Bahnreform in diese Typologien eingeordnet werden kann. In der Folge geht es um die Verbindungen zwischen den gesicherten Erkenntnissen der Staatsaufgabenlehre, der Privatisierungstypologie sowie der Lehre von den staatlichen Verantwortungsebenen. Es wird hier eine grundlegende Prämisse der Arbeit entwickelt: staatliche Sicherstellungsverantwortung im hier verstandenen Sinne ist nichts, was jede Privatisierungsentscheidung zur Folge hat.

Aufgezeigt wird, dass eine rechtlich relevante Sicherstellungsverantwortung mit Verfassungsrang immer nur ein Ergebnis einer verfassungsrechtlichen Prüfung sein kann, die zuvörderst am Grundsatz des Vertrauensschutzes ansetzen muss. Ist eine

verfassungsrechtliche Verantwortung für den konkreten Sektor der Privatisierung festgestellt, so kann diese Verantwortung mit der Chiffre Sicherstellungsverantwortung versehen werden. Im letzten Abschnitt des Zweiten Teils wird die grundsätzliche Wirkweise dieser Verantwortung erläutert. Es erfolgt eine dogmatische Grundlegung im Allgemeinen, bevor dann im Dritten Teil der Arbeit die konkrete Sicherstellungsverantwortung für den Eisenbahnsektor für die aufgabenprivatisierten Eisenbahndienstleistungen bestimmt wird.

Der *Dritte Teil* spiegelt den Titel der Untersuchung wider. Gegenstand der dortigen Erörterung ist eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Bahnreform aus einer Privatisierungsfolgenperspektive. Zunächst wird die Trennung zwischen verschiedenen Verantwortungslinien im Eisenbahnsektor in die Diskussion eingeführt. Es wird zu trennen sein zwischen der Erfüllungsverantwortung des Staates für die Eisenbahnverkehrsverwaltung und der Sicherstellungsverantwortung für die Eisenbahndienstleistungen. Die Arbeit beschäftigt sich nun vorrangig mit der spezifischen Sicherstellungsnorm des Art. 87e Abs. 4 GG. Es werden vor allem Maßstäbe für die Bestimmung der konkreten Verantwortungstiefe herausgearbeitet sowie Wirkweise und systematische Einbettung der Norm erläutert.

Dazu nimmt die Arbeit Stellung zu den Funktionen der Norm und der Struktur der Sicherstellungsentscheidung, die – so viel sei hier schon vorweggenommen – sich als planerische Entscheidung darstellt und insbesondere von einer genügenden Abwägung der verschiedenen, widerstreitenden Interessen geprägt sein muss. Ein wichtiger Punkt ist in diesem Zusammenhang, wie das Verhältnis zwischen allgemeiner und besonderer Sicherstellungsverantwortung im Eisenbahnsektor ausgestaltet ist. Es wird zu zeigen sein, dass es sich hierbei um ein Ergänzungs- und Auffangverhältnis handelt.

Im Folgenden werden die allgemein gefundenen Maßstäbe sowohl für die Infrastrukturverantwortung wie auch die Verkehrsverantwortung entfaltet, wobei auch die Grenzen und die Gegenrechte einer solchen Sicherstellungsverantwortung aufgezeigt werden. Zuletzt werden abstrakte Leitlinien für die Erfüllung dieser Verantwortung entwickelt. Aus der Konzeptionierung der Sicherstellungsentscheidung als planerische Abwägungsentscheidung folgt auch, dass eine abstrakte Bestimmung von Verantwortungspflichten nicht möglich ist. Das Austarieren dieser Pflichten ist Aufgabe

der im konkreten Fall berufenen Normenwender und wird verfassungsrechtlich dahingehend determiniert, dass die widerstreitenden Interessen in einem angemessenen und verhältnismäßigen Maße in die Abwägung eingestellt werden müssen.

Sodann wird in einem Überblick und beispielhaftem Zugriff die Ausgestaltung des Privatisierungsfolgenrechts beziehungsweise anderer Erfüllungsmodi einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung in den Blick genommen. Nach einer Beschreibung des der Arbeit zu Grunde liegenden Begriffes des Privatisierungsfolgenrechts werden Privatisierungsfolgeninstrumente des Eisenbahnrechts einer verfassungsrechtlichen Einordnung und Systematisierung unterzogen. Hierbei wird es nicht darum gehen, die Regelungen im Einzelnen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen – eine solche Vorgehensweise würde bereits daran scheitern, dass ihr Charakter als planerische Abwägungsentscheidung nicht vollständig berücksichtigt werden würde und das Beurteilungsermessen des Gesetzgebers nur schwer auf diese Weise einzuhegen ist.

Hier stellen sich zudem Fragen des nur bedingten verfassungsrechtlichen Zugriffs auf die in Rede stehenden Normen, da diese häufig genug durch europarechtliche Vorgaben ins Werk gesetzt worden sind. Zudem muss in diesem Teil der Arbeit herausgestellt werden, dass die hier entwickelte Sicherstellungsverantwortung nicht nur Einfluss auf Maßnahmen der Legislative hat. Gerade die Exekutive muss ihr Handeln an der verfassungsrechtlichen Sicherstellungsverantwortung rückkoppeln und die dortigen Vorgaben bei der Eisenbahnverwaltung berücksichtigen. Hier kann – zur Rechtfertigung staatlichen Handelns – auch darauf zurückgegriffen werden, dass Eingriffe in die Rechte von Eisenbahnunternehmen zur Durchsetzung der staatlichen Sicherstellungsverantwortung nach hier vertretener Lesart auch verfassungsrechtlich legitimiert sind. Im Einzelfall bedarf es selbstverständlich einer Substantiierung dahingehend, dass die konkret in Rede stehende Maßnahme auch der Erfüllung der staatlichen Sicherstellungsverantwortung und nicht fremden Motiven dient.

Die Arbeit schließt mit den wesentlichen Ergebnissen in Thesenform.

Erster Teil.

Das Koordinatensystem des Eisenbahnrechts

1. Kapitel: Europäische Vorgaben

A. Wirtschaftsordnung, Privatisierung, Marktöffnungsvorgaben

I. Wirtschaftsordnung und öffentliche Unternehmen

Die unionsrechtliche Wirtschaftsverfassung ist nicht von Neutralität gekennzeichnet, sondern wird maßgeblich durch eine strikte Ausrichtung am Wettbewerbsgedanken bestimmt. Seit dem Vertrag von Maastricht ist das Ziel der Gemeinschaft beziehungsweise heute nunmehr der Union die freie Marktwirtschaft mit einem freien Wettbewerb im Binnenmarkt.³ Ins Werk gesetzt wird dieser freie Wettbewerb im Binnenmarkt vornehmlich durch das Primärrecht, hierbei sind vor allem die Grundfreiheiten wie auch das Beihilfenrecht angesprochen. Diese grundsätzliche Ausrichtung wird in Teilen dadurch modifiziert, dass öffentliche Unternehmen nach Art. 106 AEUV unter gewissen Voraussetzungen durch die Mitgliedstaaten mit Privilegien ausgestattet werden können. Nach Art. 106 Abs. 1 AEUV werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artt. 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten.

Erweitert werden die Privilegierungsmöglichkeiten, wenn in Art. 106 Abs. 2 AEUV bestimmt ist, dass für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, zwar die Vorschriften der Verträge gelten, insbesondere die Wettbewerbsregeln, aber jedoch nur soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf zudem nicht in einem Ausmaß

³ Vgl. Art. 119 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) i. d. F. der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, ABIEU Nr. C 115, S. 47. Zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24. 4. 2012).

beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.⁴ Der dortige Unternehmensbegriff ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes rein funktional zu verstehen und umfasst damit jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁵ Das funktionelle Element der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist erfüllt, wenn Unternehmensgegenstand das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ist.⁶ Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht nötig.⁷ Eine Teilnahme am Markt ist nur dann nicht mehr festzustellen, wenn die Tätigkeit hoheitlich ist oder rein auf Gewährung solidarischer Dienste bezogen ist.⁸ Die Öffentlichkeit eines solchen Unternehmens ist einer der Gegenstände der Transparenzrichtlinie.⁹

II. Privatisierung und Marktöffnungsvorgaben

Das Europarecht kennt den Begriff der Privatisierung nicht und verhält sich auch nicht zielgerichtet zu den nachfolgenden Pflichten des Staates nach einer Privatisierungsentscheidung, obwohl selbige Rechtsordnung recht häufig einen Privatisierungsprozess in den Mitgliedsstaaten anstößt oder solche Prozesse zumindest katalysiert¹⁰, was der grundsätzlichen Privatisierungsneutralität geschuldet ist sowie der Tatsache, dass das Unionsrecht sich keines Einflusses auf die Teilrechtsordnungen der

⁴ Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV.

⁵ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 ff. – Höfner/Macroton GmbH.

⁶ EuGH, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, 3895 f. – Kommission/Italien.

⁷ EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751, 5887 f. – Albany International BV/Stichting bedrijfspensionenfonds Textielindustrie.

⁸ Zur Hoheitlichkeit: EuGH, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43, 63 – SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol; zu den solidarischen Diensten: EuGH, Rs. C-160/91, Slg. 1993, I-637, 670 – Poucet/Assurances générales de France.

⁹ RL 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABLEU Nr. L 195 vom 29. 7. 1980, S. 35.

¹⁰ S. auch *M. Ronellenfitsch*, DVBl. 2002, 657 (661).

Mitgliedstaaten bemächtigt.¹¹ Unabhängig von der Richtigkeit des Schlagwortes von der „Privatisierungsneutralität des Europarechts“¹² kann jedenfalls mit Blick auf den Zuschnitt der hiesigen Untersuchung festgehalten werden, dass trotz einer häufig vertretenen Privatisierungsneutralität des Unionsrechts Primär- und Sekundärrechtsakte doch gleichsam mittelbar die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten – lies: die Frage nach der Privatisierung von Staatsaufgaben oder staatlichen Akteuren – beeinträchtigen können, wenn das Unionsrecht in gewissen Sektoren zur Gewährleistung des Binnenmarktes eine Liberalisierung durchsetzen und so zu einer Aufgabenerfüllung im Wettbewerb gelangen möchte.

Die Umsetzung diese Vorgaben ist häufig – gerade, wenn insofern Staatsmonopole oder vergleichbare Konstellationen bestehen, die wettbewerbsverhindernd sind – mit einer Umstrukturierung dergestalt verbunden, dass Privatisierungen notwendig sind. Gegen solche, mittelbaren Eingriffe in die Eigentumsordnung schützt jedoch die Regelung des Art. 345 AEUV jedenfalls nicht, unabhängig davon, wie man sich hinsichtlich der Weite der Privatisierungsneutralität positionieren möchte.¹³ Gerade für einen solchen mittelbaren Privatisierungsdruck – oder vorsichtiger formuliert: Anreiz zur Privatisierung – ist das hier gewählte Betrachtungsobjekt der Eisenbahnwirtschaft charakteristisch. Die sekundärrechtlich getroffenen Vorgaben wurden in

¹¹ Vgl. J. A. Kämmerer, Privatisierung, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 14 Rn. 3.

¹² Vgl. hierzu nur H. Bauer, VVDStRL 54 (1995), S. 259 ff. m. w. N. sowie E. Heise, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 88 ff. m. zahlreichen Nachweisen. Bauer (a. a. O.) weist zutreffend darauf hin, dass die These von der Privatisierungsneutralität angesichts mannigfaltiger europäischer Vorgaben, die jedenfalls mittelbar eine Privatisierung bestimmter Aufgaben und Organisationen nahelegen, nicht aufrechterhalten werden kann. Wird das Schlagwort von der Privatisierungsneutralität des Europarechts bemüht, wird häufig auf Art. 345 AEUV rekurriert. Nach dieser Vorschrift lassen die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Sicherlich ist es unzweifelhaft, dass Art. 345 AEUV keine primärrechtliche Pflicht der öffentlichen Hände statuiert, sich ihres Vermögens – seien es Grundstücke, Sachen oder Kapitalanteile – zu entledigen. Damit bewegt man sich aber nach der reinen Gesetzeslektüre nur im Bereich der Kapital- oder Vermögensprivatisierung. Nimmt man den Wortlaut ernst, so trifft die Norm aber keine Aussage zu einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchführung von Organisations- oder gar Aufgabenprivatisierungen. Eine andere Interpretation ergibt sich auch nicht aus den anderen Auslegungsmethoden. Zutreffend regelt Art. 345 AEUV allein ein Kompetenzausübungsverbot im Hinblick auf Fragen der Zuordnung von Eigentum in öffentliche oder private Trägerschaft. Siehe dazu auch Th. Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 31 f.

¹³ Vgl. eben N 12.

Deutschland dergestalt umgesetzt, dass auch eine Privatisierungsentscheidung getroffen wurde, wobei eine Aufgabenprivatisierung – gerade im Hinblick auf die Forderung nach einem diskriminierungsfreien Marktzugang – wohl unumgänglich gewesen war. Durch die enge Verknüpfung von Aufgabenwahrnehmung und Monopolstellung wäre eine Lösung dergestalt, dass man den Bund zwar weiterhin als (Mit-) Aufgabenverpflichteten hätte ausstatten können ihm aber das Schienenbahnmonopol genommen hätte, zwar rechtlich denkbar gewesen. Die damit verbundenen Schwierigkeiten wären vermutlich jedoch nicht geringer gewesen als diejenigen, die aus der aktuellen Ausgestaltung ergeben.

Ein anderes Bild ergibt sich, wenn man die durchgeführte Organisationsprivatisierung betrachtet: Diese war gerade europarechtlich nicht intendiert.¹⁴ Hinsichtlich des weiteren Vorgehens dieser Arbeit bedeutet dieser Befund, dass die hier in Rede stehende **Verantwortung des Bundes aus Art. 87e Abs. 4 GG** nicht europarechtlich determiniert ist. Dies folgt aus der mangelnden Bezugnahme des Sekundärrechts auf solche Kategorien staatlicher Verantwortung wie auch durch die – doch in gewissem Maße vorhandene – Regelungsneutralität des europäischen Gesetzgebers. Notwendig ist aber dennoch ein Abgleich dahingehend, dass die Konzeption des deutschen Eisenbahnrechts beziehungsweise seiner verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht dazu führt, dass durch die Sicherstellungsverantwortung ein System implementiert wird, dass zum Ziel hat, wesentliche Grundentscheidungen des Europarechts in Zweifel zu ziehen.

B. Europäisches Eisenbahnrecht

I. Einleitung

Eine Betrachtung der mitgliedstaatlichen – namentlich: deutschen – Regelungen zur Sicherstellung einer funktionsvollen Eisenbahninfrastruktur und eines darauf stattfindenden Eisenbahnverkehrs kann nicht ohne eine Betrachtung der unionsrechtlichen Vorgaben einhergehen. Gerade die Ausrichtung der Europäischen Union auf

¹⁴ Vgl. dazu G. *Hermes*, in: ders./Sellner, AEG, Einf B, Rn. 55 ff.

wirtschaftsrechtliche Sachverhalte – geprägt durch ihre Geschichte als Wirtschaftsunion – macht deutlich, dass auch das Eisenbahnwesen im Fokus gemeinschaftsrechtlicher beziehungsweise mittlerweile unionsrechtlicher Regelungsabsichten steht, ist doch das Eisenbahnwesen – neben aller staatlichen Prägung durch mitgliedschaftliche Tradition – doch auch ein wesentlicher Wirtschaftsfaktor im Binnenmarkt. Die Rechtsregeln für den Eisenbahnsektor werden deshalb zunehmend europäisch geprägt.¹⁵

Seit gut zwei Jahrzehnten wird das Unionsrecht stückweise um Verordnungen und Richtlinien angereichert, die dazu führen, dass ein umfassendes Regelwerk entsteht, welches die Eisenbahnrechtsordnung der Mitgliedstaaten in einem nicht unerheblichen Maße vorbestimmt.¹⁶ Ein erster – wenn auch eher zögerlicher – Schritt auf der Ebene einer europäischen Eisenbahnpolitik war die EntschlieÙung des Rates vom 15. Dezember 1981, in welcher erste Eckpunkte und Ziele niedergeschrieben worden sind, wobei Einigkeit darüber herrscht, dass erst eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes¹⁷ über die Untätigkeit der Gemeinschaft hinsichtlich der Eisenbahnwirtschaft auslösend war für die Schaffung einer gemeinsamen Eisenbahnpolitik unter Berücksichtigung der Grundentscheidungen der Gemeinschaft, beziehungsweise

¹⁵ Zu Vorgaben, eisenbahnrechtlichen Organisationen sowie Instrumentarien des internationalen Rechts: *J. Wieland*, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 6 ff.; *G. Hermes*, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 26. Zum „Liberalisierungsdruck“: *O. M. Andresen*, Pflichten der EU-Mitgliedstaaten, S. 154 ff. Zutreffend ist aber auch die Annahme (z. B. von *F. Brosius-Gersdorf*, DÖV 2002, 275 [278]), dass das Eisenbahnverfassungsrecht selbst von den Rechtsregeln des Europarechts nur am Rande determiniert wird, was vor allem daran liegt, dass die Ausgangspunkte verschieden sind und dadurch die traditionellen Regelungsmaterien des deutschen Eisenbahnverfassungsrechts (Organisation der Eisenbahnen des Bundes, Aufgabenverteilung zwischen Eisenbahnverkehrsverwaltung und privatisiertem Monopolunternehmen sowie die Verwaltungskompetenzen) nicht europarechtlich geprägt sind. Dazu näher unten B. IV. 1.

¹⁶ Siehe nur *C. Burmeister*, Wettbewerb der Eisenbahnen, S. 62 f.; im Anschluss daran *M. Krajewski*, Grundstrukturen, S. 234. Vgl. im Übrigen *G. Hermes*, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 27. Ausführlicher *ders.* in: *ders./Sellner*, AEG, Einf B, Rn. 5. Zur Entwicklung der Verkehrspolitik der Europäischen Union vgl. *G. Stadler*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 90 AEUV, Rn. 8 ff.

¹⁷ EuGH, Rs. C-13/83, Slg. 1985, I-1513 - Parlament/Rat. Hierzu auch im Überblick *E. Staabe/Th. Schmitt*, in: dies., Eisenbahn-Regulierungsrecht, Rn. 24.

nunmehr der Union.¹⁸

Heute lässt sich festhalten, dass übergreifendes politisches Ziel der Europäischen Union – ganz im Sinne der Schaffung gemeinsamer Märkte und der Durchsetzung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten – es ist, die Wettbewerbsbezogenheit des europäischen Eisenbahnmarktes zu fördern. Insgesamt lassen sich in einer – zugegebenermaßen groben – Strukturierung drei verschiedene Zielerreichungsmethoden der europäischen Bemühungen benennen, die eine Verstärkung des Wettbewerbsgedankens erreichen sollen: es sind dies die Liberalisierung des Eisenbahnmarktes, die Verbesserung der Interoperabilität sowie zuletzt die Steuerung durch Finanzhilfen, vornehmlich zur Unterstützung solcher Dienstleistungen, die zwar im Wettbewerb erbracht werden sollen, welche aber zur Absicherungen einer gemeinwohlgeneigten Erfüllung gefördert werden, um die Marktkräfte auch zur Gewährleistung der nötigen Verkehrs- und Infrastrukturangebote zu bewegen.¹⁹

Während die beiden letztgenannten Ziele primär durch das Sekundärrecht in Geltung gesetzt werden, ergibt sich das Ziel der Liberalisierung des Verkehrsmarktes in der Europäischen Union bereits aus dem Primärrecht, namentlich aus Art. 91 Abs. 1 lit. a und b AEUV²⁰.²¹ Primärrechtlich darf zudem nicht aus dem Blick geraten, dass es sich bei den Eisenbahndienstleistungen im Grundsatz um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, die gewissen Sonderregelungen unterworfen sind.²²

¹⁸ Entschließung des Rates vom 15. 12. 1981, ABl. C 157/1982, S. 1.

¹⁹ So bereits *A. Brandenburg*, EuZW 2009, 359 (362 f.); ähnlich *M. Krajewski*, Grundstrukturen, S. 234.

²⁰ Selbstverständlich handelt es hierbei auch nur um Regelungsermächtigung, die ausdrückliche Bezugnahme auf die Liberalisierung macht aber eine gewisse hervorgehobene, zumindest regelungstechnische Stellung deutlich.

²¹ *P. Schäfer*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 91 AEUV, Rn. 7.; *A. Soldner*, Liberalisierung, S. 61 ff.

²² *P. Badura*, FS Rengeling, S. 3 (10). Zu beachten sind insbesondere Artt. 14 und 106 AEUV sowie Art. 36 EuGRCharta. Daneben muss Art. 93 AEUV besondere Beachtung finden, ist dort doch ein weiterer Rechtfertigungstatbestand für staatliche Beihilfen normiert worden. Dieses Segment gestaltet unter anderem die VO 2007/1370/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABIEU Nr. L 315 vom 3. 12. 2007, S. 1 näher aus. Dazu im Überblick: *M. Febling*, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, Einl., Rn. 7 ff. Dort (a.a.O., Rn. 8) auch zur Rechtsprechung des EuGH bei Beihilfeentscheidungen

Im Wesentlichen kann diesbezüglich festgehalten werden, dass dem einzelnen Mitgliedstaat auferlegt ist, die Grundsätze wie auch die Bedingungen für die Erfüllung dieser Dienste so auszugestalten, dass die damit befassten Akteure ihren öffentlichen Aufgaben nachkommen können und zur Erreichung dieser Ziele nur auf diskriminierungsfreie, geeignete, erforderliche sowie im engeren Sinne verhältnismäßige gesetzliche Regelungen zurückgreifen.²³ Ist dies gewährleistet, dann liegen in diesen Regelungen zulässige Beschränkungen europäischer Wettbewerbsregeln, namentlich vor allem der Grundfreiheiten wie auch der Beihilferegelungen.²⁴

II. Kompetenzen der Europäischen Union

Nach der heutigen Konzeption der europäischen Verträge folgt die Handlungskompetenz der Europäischen Union für den Eisenbahnsektor aus den Artt. 90 ff. AEUV.²⁵ Diese Vorschriften sind speziell auf die Verkehrspolitik der Union gemünzt und stellen sich demnach als vorrangige Spezialvorschriften dar. Enthalten sie keine abweichende Aussage, so gelten die anderen Vorschriften des AEUV auch für diesen

im Verkehrssektor, insbesondere in der Rechtssache „Altmark Trans“ (EuGH, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747). Letztgenannte Entscheidung spielt insbesondere im Schienenpersonennahverkehr eine Rolle. Siehe dazu auch soeben im Zusammenhang mit der Privilegierung entsprechender Unternehmen.

²³ Vgl. insb. *M. Möstl*, FS Badura, S. 951 (951 ff.) sowie *P. Badura*, FS Rengeling, S. 3 (10), jeweils m. w. N.

²⁴ Siehe vorher N 23.

²⁵ Deutlich macht dies insbesondere Art. 100 Abs. 1 AEUV. Zu den Vorgängerregelungen (Artt. 70-80 EGV) s. nur *G. Hermes*, in: ders./Sellner, AEG, Einf B, Rn. 1 ff. Die Vorschriften sind durch die Aufnahme in den AEUV nur marginal verändert worden, vgl. *G. Stadler*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 90 AEUV, Rn. 1. Ergänzend kommt den Regelungen über den Aufbau transeuropäischer Netze in den Artt. 170-172 AEUV ebenfalls Relevanz zu. Zu letzteren: *G. Hermes*, in: ders./Sellner, AEG, Einf B, Rn. 21 ff. Die abstrakte Zuständigkeit der Europäischen Union für den Verkehr ergibt sich bereits aus Art. 4 Abs. 2 lit. g AEUV.

Verkehrssektor.²⁶ Die zentrale Kompetenzvorschrift zum Erlass von Sekundärrechtsakten enthält Art. 91 AEUV.²⁷ Nach dieser Vorschrift werden zur Durchführung des Art. 90 AEUV das Europäische Parlament und der Rat unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Verkehrs gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen zu zweckdienlichen Maßnahmen ermächtigt.²⁸ Die Zweckdienlichkeit ist auf die gemeinsame Verkehrspolitik bezogen und damit in ihrer Zielrichtung final ausgerichtet sowie im Grundsatz unbeschränkt.²⁹ Ihre Weite eröffnet dem europäischen Normgeber eine Fülle an Kompetenzen.³⁰

Als Gegenpol und Korrektiv der Norm fungieren die „Besonderheiten des Verkehrs“³¹, sie stellen eine Grenze für die Rechtssetzung der Europäischen Union dar.³² Zu diesen Besonderheiten gehört auch eine Rücksichtnahme auf diejenigen mitgliedstaatlichen Strukturen, die aus den historisch begründeten und über Jahrzehnte und Jahrhunderte gewachsenen Staatsmonopolen erwachsen sind.³³ Das darf aber nicht zu der Fehlannahme verleiten, dass diese Einschränkung der Kompetenzen dazu

²⁶ EuGH, Rs. C-167/73, Slg. 1974, I-359 - Kommission/Frankreich; G. Stadler, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 90 AEUV, Rn. 2. Zu eisenbahnspezifischen Auswirkungen der allgemeinen Regeln s. nur G. Hermes, in: ders./Sellner, AEG, Einf B, Rn. 13 ff. zur Rechtslage vor Lissabon, in der Sache ergeben sich aber nur marginale Unterschiede.

²⁷ D. Boeing/E. Kottbus/T. Maxian Rusche, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht d. EU II, Art. 91 AEUV, Rn. 1; D.-E. Khan, in: Geiger/ders./Kotzur, EUV/AEUV, Art. 91 AEUV, Rn. 1.

²⁸ Art. 91 Abs. 1 AEUV. Dabei greift die Vorschrift regelungssystematisch bestimmte Felder zweckdienlicher Maßnahmen heraus, vgl. Art. 91 Abs. 1 lit. a-c AEUV.

²⁹ G. Stadler, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 91 AEUV, Rn. 1 unter Verweis auf Art. 4 Abs. 2 lit. g AEUV sowie Art. 90 AEUV.

³⁰ Vgl. P. Schäfer, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 91 AEUV, Rn. 1; R. Bieber, in: ders./Epiney/Haag, Europäische Union, § 24 Rn. 5.

³¹ Pointierte Beschreibung bei D.-E. Khan, in: Geiger/ders./Kotzur, EUV/AEUV, Art. 91 AEUV, Rn. 4.

³² So zutreffend und mit weiteren Nachweisen zu der im Einzelnen umstrittenen Rechtsfrage: D. Boeing/E. Kottbus/T. Maxian Rusche, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht d. EU II, Art. 91 AEUV, Rn. 13 f.

³³ P. Schäfer, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 90 AEUV, Rn. 3 f. sowie Art. 91 AEUV, Rn. 5.

dient, ein mitgliedstaatliches System zu dulden, welches sich einer Wettbewerbsverhinderung zur Manifestation überkommener Staatsbahnstrukturen bedient.³⁴ Ausgesprochen ist lediglich, dass das Primärrecht sich der Situation gewahr ist, dass in einigen Mitgliedstaaten das Eisenbahnwesen traditionell staatsmonopolistisch ausgestaltet ist und – nach einer sekundärrechtlich vorgegebenen Umstrukturierung zu einem Wettbewerbsmodell – genügend Nachwehen weiter eine gewisse Flexibilität des Unionsrechts erfordern.

Gelegentlich ist zu lesen, dass zu den Besonderheiten, die in diesem Zusammenhang zu beachten seien, auch die besonders enge Verknüpfung von Infrastruktur auf der einen Seite und Verkehrsbetrieb auf der anderen Seite zähle, woraus abzuleiten sei, dass die entsprechenden Vorgaben in den Sekundärrechtsakten zurückhaltend zu interpretieren seien.³⁵ Mir leuchtet das nicht ein und es liegt der Verdacht nahe, dass hier über den Weg der Kompetenzbegrenzung eine Möglichkeit gefunden werden soll, eine notwendige Entflechtung der Deutschen Bahn AG zu verhindern. Zwar handelt es sich hierbei sicherlich um einen historisch durchaus zutreffenden Befund und auch der Schluss daraus, dass es sich um eine zu berücksichtigende Besonderheit im Rahmen des Art. 91 AEUV handelt, ist nicht ohne weiteres als fernliegend zu bezeichnen.³⁶ Hieraus jedoch die Konsequenz ziehen zu wollen, dass *bereits erlassene* Rechtsakte deswegen einschränkend auszulegen seien³⁷, verändert wesentliche Grundlagen der begrenzten Einzelkompetenz der Europäischen Union und ist wenig sachgerecht.

Es muss dabeibleiben, dass Sekundärrechtsakte – seien es nun Richtlinien oder Verordnungen – bei der Rechtsanwendung in ihrem Wortlaut und ihrer beabsichtigten Wirkung beachtet werden müssen. Steht in Rede, ob dieser Wortlaut beziehungsweise die Regelungstiefe im Allgemeinen noch von der Kompetenz der Europäischen

³⁴ G. Hermes, in: ders./Sellner, AEG, Einf B, Rn. 4; D.-E. Khan, in: Geiger/ders./Kotzur, EUV/AEUV, Art. 91 AEUV, Rn. 4.

³⁵ So E. Staebe/Tb. Schmitt, in: dies., Eisenbahn-Regulierungsrecht, Rn. 42.

³⁶ Im Ergebnis führt eine solche Rechtsanwendung sodann zu einem ähnlich traditionsanknüpfenden Auslegungsergebnis wie eben im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Staatsmonopolen als Besonderheiten des Verkehrs im Sinne des Art. 91 AEUV. Siehe dazu auch den Nachweis in N 32.

³⁷ So aber E. Staebe/Tb. Schmitt, in: dies., Eisenbahn-Regulierungsrecht, Rn. 42.

Union gedeckt ist, so ist diese Rechtsfrage im Rahmen eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof zu klären mit der Frage nach der Wirksamkeit des entsprechenden Sekundärrechtsaktes. **Es bleibt festzuhalten, dass eine einschränkende Auslegung von Sekundärrechtsakten anhand der sie legitimierenden Kompetenzgrundlagen nicht angezeigt ist.**

III. Sekundärrechtsakte

1. Chronologie

Die Entwicklung des europarechtlichen Eisenbahnrechts wird im Konkreten maßgeblich durch die sektorenspezifischen Sekundärrechtsakte geprägt.³⁸ Die einsetzende Normgebung des europäischen Gesetzgebers mit dem Ziel der Schaffung eines „integrierten Eisenbahnraumes“³⁹ begann im Jahre 1991 und setzt sich auch heute weiter fort.⁴⁰ Dabei spielen verschiedene Rechtsbereiche eine Rolle. Zwar handelt es sich nach der typischen Regelungsstruktur des Unionsrechts weithin um kein in sich geschlossenes System, sondern es bleiben häufig nebeneinanderstehende Rechtsakte, die sich nicht immer aufeinander beziehen.

Jedoch führt die Menge der Rechtsakte in vielen Rechtsbereichen des Eisenbahnwesens – vor allem hinsichtlich der zivil- beziehungsweise verbraucherrechtlich geprägten Materien – faktisch doch zu einer Vollregelung, unbeschadet der Umsetzungen in den einzelnen Mitgliedstaaten der Union. Ausgangspunkt ist die RL 91/440/EWG.⁴¹ Diese Richtlinie betrifft vor allem die Organisation der Eisenbahn-

³⁸ Zur Umsetzung europäischer Vorgaben durch den deutschen Gesetzgeber – dargestellt anhand des ersten Eisenbahnpaketes – lehrreich *E. M. Frenzel*, NZV 2006, 57 (57 ff.). Vollständige Zusammenfassung bei *G. Hermes*, in: ders./Sellner, AEG, Einf B, Rn. 23 ff. S. auch die Zusammenfassung auf der Internetseite des EBA, vgl. https://www.eba.bund.de/DE/HauptNavi/Internationales/Europarecht/europarecht_node.html (letzter Abruf: 15. Dezember 2019).

³⁹ Weißbuch der Europäischen Kommission vom 12. 9. 2001 („Die Europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft“), KOM 2001, 370.

⁴⁰ *K. Windthorst*, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 3.

⁴¹ RL 91/440/EWG des Rates vom 29. 7. 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 237 vom 24. 8. 1991, S. 25.

unternehmen in den Mitgliedstaaten. Eisenbahnunternehmen sollen von den Mitgliedstaaten unabhängig sein, was eine organisatorische Eingliederung in den Staatsapparat bereits im Ansatz verhindert.⁴² Ziel ist weiterhin die Trennung von Eisenbahninfrastruktur und der Erbringung von Verkehrsleistungen bei den Eisenbahnunternehmen, wobei die Trennung der Rechnungsführung obligatorisch ist, die organisatorische und institutionelle Trennung aber zunächst fakultativ bleibt.⁴³ Neben den eigentlichen Rechtsakten sind auch zahlreiche Empfehlungen ergangen.⁴⁴

⁴² Vgl. Art. 4 RL 91/440/EWG. Zu den katalysierenden Wirkungen dieser Systementscheidung für den Privatisierungsprozess der Deutschen Bundesbahnen s. unten 2. Kap., B. I.

⁴³ Art. 1 1. Spiegelstrich RL 91/440/EWG, näher Artt. 6 ff. RL 91/440/EWG.

⁴⁴ Beispielhaft Empfehlung der Kommission vom 29. 3. 2011 zur Genehmigung der Inbetriebnahme von strukturellen Teilsystemen und Fahrzeugen gemäß der RL 2008/57/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABIEU Nr. L 95 vom 8. 4. 2011, S. 1.

In der Folge wurden drei Eisenbahnpakete⁴⁵ erlassen, die sich jeweils aus mehreren Rechtsakten zusammensetzen.⁴⁶ Eine weitere zusammenhängende Maßnahme

⁴⁵ Das *erste Eisenbahnpaket* umfasst folgende Rechtsakte: RL 2001/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2001 zur Änderung der RL 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 75 vom 15. 3. 2001, S. 1; RL 2001/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2001 zur Änderung der RL 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, ABIEG Nr. L 75 vom 15. 3. 2001, S. 26 sowie RL 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABIEG Nr. L 75 vom 15. 3. 2001, S. 26. Im Nachgang zum ersten Eisenbahnpaket verabschiedeten Parlament und Rat noch die RL 2001/16/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 3. 2001 über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems, ABIEG Nr. L 110 vom 20. 4. 2001, S. 1. Das *zweite Eisenbahnpaket* besteht aus der VO 2004/881/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur, ABIEU Nr. L 164 vom 30. 4. 2004, S. 1; RL 2004/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 über die Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen und der RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABIEU Nr. L 164 vom 30. 4. 2004, S. 44; RL 2004/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Änderung der RL 96/48/EG des Rates über die Interoperabilität des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems und der RL 2001/16/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems, ABIEU Nr. L 164 vom 30. 4. 2004, S. 114; RL 2004/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Änderung der RL 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABIEU Nr. L 164 vom 30. 4. 2004, S. 164. Das *dritte Eisenbahnpaket* setzt sich zusammen aus: VO 2007/1370/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 1191/69 und 1107/70 des Rates, ABIEU Nr. L 315 vom 3. 12. 2007, S. 1, zur Entstehungsgeschichte und den in der Verordnung zum Ausdruck kommenden Grundgedanken: M. Fehling, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, VO (EG) 1370/2007, Einl., Rn. 48 ff.; VO 2007/1371/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABIEU Nr. L 315 vom 3. 12. 2007, S. 14; RL 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 zur Änderung der RL 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABIEU Nr. L 315 vom 3. 12. 2007, S. 44 sowie RL 2007/59/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern, die Lokomotiven und Züge im Eisenbahnsystem der Gemeinschaft führen, ABIEU Nr. L 315 vom 3. 12. 2007, S. 51.

⁴⁶ Zu weiteren Rechtsakten der Jahre 1995 und 1996: G. Hermes, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 8.

der Europäischen Union war das „Cross-Acceptance-Package“.⁴⁷ Danach wurde die Schienengüterverkehrsordnung⁴⁸ erlassen. Erwähnenswert ist, dass durch den so genannten „Recast“ im Jahre 2012 die RL 2012/34/EU in Kraft getreten ist.⁴⁹ Diese Richtlinie entwickelt die vorherigen Richtlinien 91/440/EWG, 95/18/EG sowie 2001/14/EG fort und verbindet selbige zu einem einheitlichen Rechtsakt. Die Gegenstände dieser sekundärrechtlichen Regelungen sind vielfältig und reichen von grundlegenden Systementscheidungen über Vorgaben für das nationale Regulierungsrecht bis hin zu verbraucherrechtlichen Normen.⁵⁰ Zuletzt wurden die Verordnung zur Errichtung des gemeinschaftlichen Unternehmens Shift2Rail sowie die Durchführungsverordnung zu eisenbahnrechtlichen Betriebsgenehmigungen erlassen.⁵¹ Letztgenannte bezieht sich in ihrem Anwendungsbereich inhaltlich auf Rechtsakte des ersten Eisenbahnpaketes. Das Europarecht enthält zum heutigen Tage eine bemerkenswerte Anzahl von Rechtsregeln, die man getrost als „Europäisches Eisenbahnrecht“ bezeichnen kann, auch wenn eine gewisse Lückenhaftigkeit des Normenteppichs selbstverständlich noch festgestellt werden kann. Diese Rechtsregeln

⁴⁷ Von *Hermes* (*G. Hermes*, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 32; ders. in: ders./Sellner, AEG, Einf B, Rn. 30) bereits als „viertes Eisenbahnpaket“ bezeichnet. Bestehend aus: RL 2008/57/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über die Interoperabilität des Eisenbahnsystems in der Gemeinschaft (Neufassung), ABIEU Nr. L 191 vom 18. 7. 2008, S. 1; RL 2008/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 2008 zur Änderung der RL 2004/49/EG über Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft, ABIEU Nr. L 345 vom 23. 12. 2008, S. 62.

⁴⁸ VO 2010/913/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 9. 2010 zur Schaffung eines europäischen Schienennetzes für einen wettbewerbsfähigen Güterverkehr, ABIEU Nr. L 276 vom 20. 10. 2010, S. 22.

⁴⁹ RL 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 11. 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraumes, ABIEU Nr. L 343 vom 14. 12. 2012, S. 32.

⁵⁰ Eine gute Zusammenfassung der Vorgaben des europäischen Sekundärrechts findet sich bei *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 125 ff.; s. auch *E. Staabe/Th. Schmitt*, in: dies., Eisenbahn-Regulierungsrecht, Rn. 24 ff. sowie *D. Boeing/E. Kottbus/T. Maxian Rusche*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht d. EU II, Art. 91 AEUV, Rn. 132 ff.

⁵¹ VO 2014/642/EU des Rates vom 16. 7. 2014 zur Errichtung des Gemeinsamen Unternehmens Shift2Rail, ABIEU Nr. L 177, S. 9; DurchfVO 2015/171/EU der Kommission vom 4. 2. 2015 über bestimmte Aspekte des Verfahrens der Genehmigung von Eisenbahnunternehmen, ABIEU Nr. L 29, S. 3.

sind in der Lage und haben zum Ziel, wesentliche Systementscheidungen in den Mitgliedstaaten bereits zu determinieren und gewisse Veränderungsprozesse zugleich zu beschleunigen oder gar erst anzuregen.

2. Grundlagen des Sekundärrechts mit Bezug zur hiesigen Untersuchung

Für die hier vorgelegte Untersuchung sind im Wesentlichen diejenigen europäischen Rechtssätze von Belang, die dem Themenfeld der Schaffung und Regulierung von Wettbewerbsstrukturen des mitgliedstaatlichen Eisenbahnsektors zuzuordnen sind.⁵² Bereits die RL 91/440/EWG enthält wesentliche Vorgaben für die Schaffung von Wettbewerbsstrukturen. Sie enthält einen Anspruch auf Zugang zu fremder Eisenbahninfrastruktur⁵³ sowie Regelungen zu den Infrastrukturnutzungsentgelten. Mit Blick auf die vorhandene Organisationsstruktur verschiedener mitgliedstaatlicher Eisenbahnunternehmen enthält die Richtlinie zudem auch Regelungen, die die Entflechtung von integrierten Eisenbahnunternehmen betreffen. Bereits hier wird deutlich, dass die Trennung von Infrastruktur und Verkehr schon früh ein Grundanliegen europäischer Eisenbahnpolitik und der daraus entstandenen Rechtsakte war.⁵⁴ Ziel dieser Richtlinie war es sowohl die Anpassung der Eisenbahnunternehmen an die Erfordernisse des Binnenmarktes zu erleichtern wie auch dadurch ihre Leistungsfähigkeit zu erhöhen.⁵⁵ Die Entflechtung der Eisenbahnunternehmen durch Trennung von Infrastruktur und Verkehr wurde dergestalt festgelegt, dass die Trennung der

⁵² Zur Umsetzung der verschiedenen Richtlinienvorgaben in das deutsche Recht zeigen *E. Staabe/Th. Schmitt*, in: dies., Eisenbahn-Regulierungsrecht, Rn. 43 ff. die wesentlichen Eckpunkte auf. Dort auch (Rn. 39 ff.) zu der Unzulänglichkeit der deutschen Umsetzungsbemühungen und den entsprechenden Vertragsverletzungsverfahren. Vgl. ebenfalls *U. Kramer*, Allgemeines Eisenbahngesetz, Einl., Rn. 2 ff.

⁵³ Hierzu Art. 1 4. Spiegelstrich RL 91/440/EWG.

⁵⁴ Zum diesem Themenkomplex ausführlich *F. Helmstädter*, Trennung von Netz und Betrieb, S. 48 ff., dort auch zur RL 91/440/EWG - dort als „Trennungsrichtlinie“ bezeichnet - und ihren Vorgaben für die Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Eisenbahnrechts. Vgl. im Übrigen *M. Ronellenfötsch*, DVBl. 2002, 657 (657 ff.); *P. Hafner*, Entflechtung und Wettbewerb, S. 31 ff.; *F. Berschin*, DVBl. 2002, 1079 (1079 ff.); *K. Amann*, Funktionelle Trennung, S. 7 ff., 63 ff.

⁵⁵ Art. 1 RL 91/440/EWG.

Rechnungsführung eine obligatorische ist, wohingegen die organische wie auch institutionelle Trennung fakultativ sein sollte.⁵⁶ Eine weitere Vorgabe ist die Unabhängigkeit ihrer Geschäftsführung.⁵⁷ In der RL 95/19/EG wurden sodann die Vorgaben an die Zuweisung von Fahrwegkapazität sowie die Berechnung der so genannten Wegeentgelte weiter fortgeschrieben und bestimmter gefasst.

Maßgebliche Vorgaben mit Relevanz für die Frage nach der Ausdifferenzierung der grundlegenden Strukturen des mitgliedstaatlichen Eisenbahnrechts werden in den nachfolgenden Eisenbahnpaketen niedergelegt. Die RL 2001/12/EG regelt im Wesentlichen die Organisation der Eisenbahnunternehmen und knüpft somit an die RL 91/440/EWG an, ändert dies und verschärft die dortigen Vorgaben. Nunmehr treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Eisenbahnunternehmen in Bezug auf die Geschäftsführung, die Verwaltung und die innerbetriebliche Verwaltungs-, Wirtschafts- und Rechnungsführungskontrolle eine unabhängige Stellung haben, kraft deren sie insbesondere über ein Vermögen, einen Haushaltsplan und eine Rechnungsführung verfügen, die von Vermögen, Haushaltsplan und Rechnungsführung des Staates getrennt sind.⁵⁸ Der Betreiber der Infrastruktur ist unter Beachtung der von den Mitgliedstaaten festgelegten Rahmenvorschriften sowie der Einzelvorschriften betreffend die Entgelterhebung und die Kapazitätszuweisung für seine eigene Geschäftsführung, Verwaltung und innerbetriebliche Kontrolle verantwortlich.⁵⁹

Anliegen der RL 2001/14/EG ist es hingegen, in der Union dafür zu sorgen, dass ein Anspruch auf einen gerechten und diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur besteht. Die Richtlinie enthält hierzu Vorgaben für die Nutzungsbedingungen⁶⁰ hinsichtlich des Schienennetzes, zu den Wegeentgelten⁶¹ sowie Regelungen für

⁵⁶ Art. 1 2. Spiegelstrich RL 91/440/EWG.

⁵⁷ Art. 1 1. Spiegelstrich RL 91/440/EWG.

⁵⁸ Art. 4 Abs. 1 RL 91/440/EG in der Fassung der RL 2001/12/EG.

⁵⁹ Art. 4 Abs. 2 RL 91/440/EG in der Fassung der RL 2001/12/EG.

⁶⁰ Art. 3 RL 2001/14/EG.

⁶¹ Artt. 4 ff. RL 2001/14/EG.

die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten⁶². Verpflichtend wurde auch die Einrichtung einer nationalen Regulierungsbehörde für den Eisenbahnsektor.⁶³ Regelungsziel der VO 2004/881/EG ist die Schaffung einer übergreifenden Europäischen Eisenbahnagentur. Durch die RL 2004/49/EG wurde - neben den ebenso enthaltenen Regelungen zur Eisenbahnsicherheit - wurden die bereits bestehenden RL 95/18/EG sowie RL 2001/14/EG weiterentwickelt. Die RL 2004/50/EG ändert die RL 96/48/EG und die RL 2001/16/EG und schreibt die Voraussetzungen an die Interoperabilität sowohl des konventionellen Eisenbahnsystems wie auch der transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnen fort. Sodann ändert die RL 2004/51/EG wiederum die RL 91/440/EWG. Hier geht es im Wesentlichen um Anpassungen des diskriminierungsfreien Zugangs zu Infrastrukturen nebst Vorgaben für die Bemessung von den hieraus entstehenden Entgelten.

Durch die VO 2007/1370/EG werden Regelungen zu den öffentlichen Personenverkehrsdiensten in der Europäischen Union getroffen. Sie ersetzt die vorherige VO 1191/69/EWG und befasst sich insbesondere mit der Subventionierung von Personenverkehren, ganz besonders im Zusammenhang mit dem Nahverkehr. Absicht dieser Verordnung ist es, die notwendigen Subventionierungen zur Aufrechterhaltung eines angemessenen Niveaus an Versorgung mit Personenverkehren in wettbewerblich geprägtes Umfeld zu stellen und so für eine gewisse Regulierungswirkung des Marktes zu sorgen. Im Wesentlichen wird hierbei auf einen Ausschreibungswettbewerb zurückgegriffen, so dass es sich bei der genannten Verordnung in ihren wesentlichen Teilen um materielles Vergaberecht handelt. Durch die RL 2007/58/EG wurde erneut die RL 91/440/EWG geändert.

Durch die Maßnahme des *Recast* im Jahre 2012 wurden die zentralen Richtlinien, die den europäischen Eisenbahnraum ins Werk setzen – namentlich die Richtlinien 91/440/EWG, 95/18/EG sowie 2001/14/EG – überarbeitet, fortentwickelt und in einen gemeinsamen Rechtsakt überführt. Sie enthält grundlegende Vorgaben für die Organisation und Ausgestaltung des europäischen Eisenbahnraumes. Darin enthalten sind unter anderem Regelungen zur Unabhängigkeit der Eisenbahnverkehrs- wie

⁶² Artt. 13 ff. RL 2001/14/EG.

⁶³ Art. 30 RL 2001/14/EG.

infrastrukturunternehmen vom jeweiligen Mitgliedstaat, zur Trennung von Netz und Betrieb, die Verpflichtung zur Führung dieser Unternehmen nach wirtschaftlichen Grundsätzen sowie maßgeblich auch zur Sanierung der Infrastruktureinrichtungen sowie den Zugang zu dieser Infrastruktur für Dritte.

Eine Darstellung der Einzelheiten kann in diesem Zusammenhang nicht geleistet werden und ist auch an dieser Stelle nicht opportun.⁶⁴ Im Zuge der Untersuchung wird an geeigneten Stellen auf die einschlägigen europarechtlichen Vorgaben zurückgegriffen und ihr Regelungsgehalt – soweit relevant – sodann dargestellt und seine Vorgaben für die Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Eisenbahnrechts entwickelt. Im Hintergrund ist das Unionsrecht – sowohl in seinen primärrechtlichen wie sekundärrechtlichen Ausprägungen – immer mitzudenken. Wie sogleich zu zeigen sein wird, beruht die Idee einer verfassungsrechtlich fundierten Sicherstellungsverantwortung aber primär auf einer Normierungsidee, die nicht unionsrechtliche Vorgaben **umsetzt**, sondern vielmehr parallel dazu verläuft und deren Ausprägungen im Regelfall nur einer Rückkoppelung an das Unionsrecht bedürfen, sich aber nicht als Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben verstehen.

IV. Konfliktlinien mit dem mitgliedstaatlichen Eisenbahnrecht

1. Grundsätzliches

Die europarechtlich getroffenen Vorgaben müssen beim Erlass mitgliedstaatlicher Regelungen beachtet und umgesetzt werden, was auch Auswirkungen auf das Verfassungsrecht beinhaltet, sofern der jeweilige Mitgliedstaat – wie es in der Bundesrepublik Deutschland traditionell der Fall ist – Regelungen zum Eisenbahnrecht und zur Organisation der Eisenbahnen bereits in der Verfassung selbst bereithält. Besondere Herausforderungen im Verhältnis zwischen Europarecht und dem Recht der Mitgliedstaaten ergeben sich dort, wo das Betreiben von Eisenbahn traditionell als Staatsaufgabe verstanden wird beziehungsweise über eine lange Zeit verstanden wurde. Diese Dimension erschöpft sich aus Sicht der meisten Mitgliedstaaten auch nicht in dem politischen Wunsch nach einer Betätigung im Eisenbahnsektor, sondern die

⁶⁴ Siehe auch bereits N 50.

Entscheidung für eine staatliche oder staatsnahe Lösung beruht häufig darauf, dass andere politische Ziele – insbesondere die Schaffung von Mobilität für die Bürger sowie die Wirtschaft ohne die Zwänge einer Behauptung im Markt und der Ausbau umweltverträglicher Beförderungsarten – durch die Förderung des Eisenbahnsektors umgesetzt werden können.⁶⁵

Soll im Rahmen dieser Untersuchung danach gefragt werden, welche Sicherstellungsverantwortung das Grundgesetz dem Staat auferlegt und welchen Verantwortungs- und Verpflichtungsgrad diese hat, so darf nicht aus dem Auge verloren werden, dass hier **dem Grundgesetz** eine Entscheidung dergestalt entnommen werden soll, die auch nach einer Liberalisierung und Privatisierung dem Staat weiterhin nachsorgende Pflichten mit dem Mittel einer Verantwortungskonzeption – **sei es nun Sicherstellungs- oder Gewährleistungsverantwortung** – auferlegt. Diese Bindungen müssen demnach ihrerseits wieder an das Europarecht rückgekoppelt werden. Rang und Wirkung europäischen Rechts erfordern es, dass die deutsche Eisenbahnverfassung und das einfache Eisenbahnrecht mit den europäischen Regelungen in Einklang stehen und bei Konfliktfällen europarechtsfreundlich ausgelegt wird beziehungsweise im Konfliktfall dem Anwendungsvorrang des Europarechts Lauf gegeben werden muss.

Im Folgenden gefundene Ergebnisse aus einer Auslegung des Eisenbahnverfassungsrechts müssen also in jedem Fall – zumindest gedanklich – dahingehend überprüft werden, ob die jeweilige Lesart nicht mit europarechtlichen Vorgaben im Widerspruch steht und deswegen geeignet ist, Friktionen auszulösen. Hierfür sind im hier gewählten Untersuchungszusammenhang vor allem diejenigen Regelungen des Sekundärrechts zu Regulierung von Wettbewerb und Organisation der Eisenbahnen in den Mitgliedstaaten von Interesse.⁶⁶ Sekundärrechtsakte mit dem Ziel des Verbraucherschutzes und zu zivilrechtlichen Vorgaben für die Abwicklung des Eisenbahnverkehrs spielen demgegenüber lediglich, wenn überhaupt, eine deutlich untergeordnete Rolle. Zu beachten ist hinsichtlich des Zusammenspiels zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlicher Regelungen, dass die Ausgangspunkte – jedenfalls sofern es

⁶⁵ Ähnlich A. Epiney, in: Dausies, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, L Rn. 387.

⁶⁶ Siehe soeben den Überblick unter C. III.

um das deutsche Recht geht – durchaus unterschiedlich sind: das Europarecht widmet sich der Marktöffnung, gerade im Kontext des gemeinsamen Binnenmarktes und der Interoperabilität des Eisenbahnverkehrs, wohingegen das deutsche Eisenbahnverfassungsrecht – zumindest in seiner gegenwärtigen Ausrichtung – fast ausschließlich die Organisation der Eisenbahnen des Bundes, die Aufgabenverteilung zwischen Eisenbahnverkehrsverwaltung und privatisiertem Monopolunternehmen sowie die Verwaltungskompetenzen zum Gegenstand hat, so dass allein schon die Betrachtungsweise deutlich differiert und konzeptionelle Lücken auf beiden Normebenen den Normalfall darstellen.

Insbesondere ist das deutsche Eisenbahnverfassungsrecht nicht auf das Europarecht dergestalt bezogen, dass es sich als klassische Umsetzungsgesetzgebung darstellt. Die Umsetzung der sekundärrechtlichen Vorgaben geschieht fast ausschließlich über das einfache Recht in Form von Gesetzen oder Rechtsverordnungen, die sich wiederum an dem Eisenbahnverfassungsrecht messen lassen müssen. Durch diese parallele Einwirkung auf das einfache Gesetzesrecht im Eisenbahnsektor seitens Verfassungs- und Europarecht vollziehen sich potentielle Konflikte zwischen beiden auch gerade dort beziehungsweise haben dort ihren Ursprung, auch wenn die engere Konfliktlinie die Ausgestaltung des einfachen Rechts betrifft.

2. Methodische Konsequenzen

Der Einfluss des Europarechts zeigt sich auch deutlich darin, dass eine Überprüfung der mitgliedstaatlichen Vorschriften eines Privatisierungsfolgenrechts im Eisenbahnsektor – namentlich bestimmte Rechtssätze des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, des Eisenbahnregulierungsgesetzes sowie auch des Schienenwegeausbaugesetzes – an den hier zur Entwicklung stehenden Grundsätzen einer verfassungsrechtlichen Sicherstellungsverantwortung nur in engen Grenzen möglich ist.

Häufig handelt es sich hierbei um Gesetze, die zu einem maßgeblichen Anteil der Umsetzung europäischer Richtlinien dienen und dadurch der Spielraum des deutschen Gesetzgebers lediglich auf bestimmte Einzelfragen beschränkt ist. Nach der hier nicht zur Diskussion stehenden Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts – **entwickelt an den Grundrechten des Grundgesetzes** – muss eine Überprüfung von Rechtssätzen anhand des deutschen Verfassungsrechts ausscheiden, die auf eine Umsetzung europarechtlicher Vorgaben zurückzuführen sind, solange in der Europäischen Union ein Grundrechtsniveau gewährleistet wird, welches nicht unter dem Niveau des deutschen Grundrechtsschutzes bleibt.⁶⁷ Zwar ist diese Rechtsprechung auf den Grundrechtsschutz zugeschnitten, aber man wird den in ihr erhaltenen Grundsatz – keine Kontrolle einfachrechtlicher Regeln anhand des Verfassungsrechts, sofern sich der konkrete Rechtssatz vornehmlich als Umsetzung supranationaler Vorschriften darstellt – auch mit der nötigen Vorsicht und Anpassungen im Einzelnen auf die Frage übertragen können, ob die einfachrechtliche Ausgestaltung des eisenbahnspezifischen Privatisierungsfolgenrechts den Vorgaben einer verfassungsrechtlichen Sicherungsverantwortung entspricht. **Zwanglos ist eine Kontrolle anhand des Grundgesetzes dort möglich, wo die Verteilung von Kompetenzen und die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Länder als solche im Vordergrund stehen.** Dabei handelt es sich um Rechtsfragen, zu denen sich das Unionsrecht nicht verhält; sie sind Ausdruck einer mitgliedstaatlichen Organisation staatlicher Kompetenzen.

In den sonstigen Fällen muss mit Blick auf die neuere *Åkerberg Fransson*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Frage gestellt werden, ob ein mitgliedstaatlicher Akt wegen der Regelungswirkung des Art. 51 Abs. 1 EuGrCh vorrangig einer unionsrechtlichen Überprüfung zugeführt werden muss.⁶⁸ Notwendig ist

⁶⁷ Das Bundesverfassungsgericht übt seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von Unionsrecht, das als Grundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, grundsätzlich nicht aus und überprüft dieses Recht nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, solange die Europäische Union, auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt (vgl. BVerfGE 73, 339 <387>; 102, 147 <162 f.>; 125, 260 <306>; 129, 78 <90>). Dies gilt auch für innerstaatliche Rechtsvorschriften, die zwingende Vorgaben einer Richtlinie in deutsches Recht umsetzen. Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die Anwendung unionsrechtlich vollständig determinierter Bestimmungen des nationalen Rechts richten, sind demnach grundsätzlich unzulässig (vgl. BVerfGE 78 <90>, 125, 260 <129>).

⁶⁸ EuGH, Rs. C-617/10, EuZW 2013, 302 ff. Hierzu statt vieler: C. Franzius, ZaöRV 2015, 383 (389 ff.); C. Ohler, NVwZ 2013, 1433 (1436 f.); F. Lange, NVwZ 2014, 169 (169 ff.).

hierzu, dass der Mitgliedstaat in der Durchführung des Rechts der Europäischen Union handelt; dieses Kriterium legt der Gerichtshof in der genannten Entscheidung weit aus.⁶⁹ Trotz einer großen Zahl an europäischen Rechtsakten zum Schienenverkehr muss dennoch konstatiert werden, dass es sich um keine Vollregelung des Unionsrechts handelt, vielmehr wurde weiter oben ja gerade aufgezeigt, dass die Privatisierungs-, Organisations- und Kompetenzfragen des deutschen Eisenbahnrechts gerade nur eine sehr geringe Konnexität zum Unionsrecht erkennen lassen, so dass sich eine pauschale Einordnung als unionsrechtlich fundierte Rechtsnormen verbietet. Vielmehr ist im Einzelfall zu hinterfragen, ob es sich hierbei um die Durchführung von Unionsrecht handelt oder nicht.

Methodisch geht die Untersuchung deshalb so vor, dass sie nicht einzelne Regelungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, des Eisenbahnregulierungsgesetzes und des Schienenwegeausbaugesetzes auf ihre verfassungsrechtliche Tauglichkeit zur Erfüllung der Sicherstellungsverantwortung untersucht, sondern eine Gesamtbetrachtung dergestalt vornimmt, dass die Frage gestellt wird, ob das Gesamtsystem verfassungsrechtlich geeignet ist, die staatliche Sicherstellungsverantwortung für den Tätigkeitsbereich der Eisenbahnen des Bundes zu erfüllen. Dazu werden verschiedene Einzelmaßnahmen mit besonderer Relevanz für den Sicherstellungsauftrag als Referenzvorschriften ausgewählt. Dabei bleiben Einzelnuancen der Ausgestaltung des staatlichen Privatisierungsfolgenrechts außer Betracht.

Obwohl gerade die Frage nach der Reichweite der Einschränkungsmöglichkeiten der Regulierungsvorschriften im Hinblick auf die Freiheitsrechte der von möglichen Regulierungsverfügungen betroffenen Eisenbahnunternehmen mannigfaltige Fragen aufwirft, kann man selbige – aufgrund der genannten europarechtlichen Determinierung vieler Eingriffsgrundlagen – schlechterdings nicht abstrakt und auf der Ebene der Rechtssätze selbst einer verfassungsrechtlichen Würdigung unterziehen. Hier sperrt das Europarecht gleichsam die Untersuchungsmöglichkeiten des nationalen Rechtsanwenders. Möglich ist aber die Frage danach, ob das Instrumentarium des Privatisierungsfolgenrechts ausreichend ist für eine angemessene Ausfüllung der verfassungsrechtlichen Sicherstellungsverantwortung. Im Übrigen sind die Vorgaben der

⁶⁹ EuGH, Rs. C-617/10, EuZW 2013, 302 ff.

hier zu entfaltenden Sicherstellungsverantwortung selbstverständlichen bei Einzelmaßnahmen der hierzu berufenen Verwaltungen zu beachten. **Diese Beachtung darf jedoch nicht dazu führen**, dass europarechtliche Vorgaben durch die Hintertür negiert werden. Diese eben festgestellte Spannungslage leitet die hiesige Untersuchung in gewisser Weise an und determiniert ihren Zugriff auf das einfachgesetzliche Eisenbahnrecht. **Deutlich wird aber damit auch, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes im Hinblick auf eine verantwortungsgerechte Ausgestaltung einer Sicherstellungsverantwortung des Bundes weitgehend autark zu europarechtlichen Vorgaben laufen und deswegen der unionsrechtliche Einfluss auf die hiesige, primär verfassungsrechtlich angeleitete Untersuchung im Ergebnis doch gering bleibt.**

2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen

A. Rückblick

Eine Darstellung der Systemänderung durch die Bahnreform der Jahre 1993/1994 auf verfassungs- wie einfachrechtlicher Ebene ist nur dann hinreichend begreiflich, wenn der vorherige Zustand vor der Privatisierungsmaßnahme bekannt ist. Demzufolge erfolgt eine kurze Darstellung der vorherigen Rechtslage. Selbige war von einer verwaltungsbehördlichen Bundesbahn geprägt. Die Bundeseisenbahnen – zuletzt: Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn – waren Teil der klassischen Leistungsverwaltung. Diese Darstellung fokussiert insbesondere die Ausgestaltung der Monopolstellung der Bundesbahnen durch den Gesetzgeber und zeigt auf, welche Konsequenzen aus dieser Rechtslage in tatsächlicher Hinsicht folgten.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Verfassungsrecht der Zeit vor den Privatisierungsbestrebungen war von einer klaren Zuordnung der Eisenbahnen zum Bund geprägt. Von privatwirtschaftlicher Erbringung weit entfernt, waren Eisenbahnverkehr und Eisenbahninfrastruktur eine Sache des Bundes, die verwaltungsrechtlich ausgestaltet eine öffentlich-rechtliche Erbringung dieser Leistungen vorsah. **Eine verwaltungsrechtliche Wahrnehmung solcher Kompetenzen muss ihren Ausdruck in den einschlägigen Gesetzen finden.** Regelungsort – in der Tradition deutscher Verfassungen – war das Grundgesetz selbst. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Bundeseisenbahnen ergab sich aus Art. 73 Nr. 6 GG a. F., die Verwaltungskompetenz aus Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F. Unter der Geltung von Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F.⁷⁰ war die Deutsche Bundesbahn Teil der bundeseigenen Verwaltung in der Gestalt eines nicht

⁷⁰ Dieser lautete: „In bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau werden geführt der Auswärtige Dienst, die Bundesfinanzverwaltung, die *Bundeseisenbahnen*, die Bundespost und nach Maßgabe des Artikels 89 die Verwaltung der Bundeswasserstraßen und der Schifffahrt.“ (Hervorhebung nur hier, TH).

rechtsfähigen Sondervermögens des Bundes.⁷¹ Die Auslegung des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F. war im Zusammenhang mit der Verwaltung der Bundeseisenbahnen nicht unumstritten.⁷² Festzuhalten ist aber, dass mit der Vorschrift drei verschiedene und voneinander zu trennende Gehalte verbunden waren. Es ist zu unterscheiden hinsichtlich solcher Vorgaben zur Zuständigkeit, zur Organisation sowie zur Aufgabe.⁷³

Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F. stellte ohne Zweifel eine Durchbrechung des Grundprinzips der Länderverwaltung nach Art. 83 GG dar, wenn er anordnete, dass die Bundeseisenbahnen in bundeseigener Verwaltung geführt wurden. Der organisationsrechtliche Gehalt war demgegenüber bereits leidlich umstritten. Im Wesentlichen stellte sich die Frage, ob unter einer bundeseigenen Verwaltung nur eine bundesunmittelbare Verwaltung verstanden werden konnte und damit zwar dem Bund zuzuordnende, aber von ihm organisatorisch getrennte Wahrnehmungsformen staatlicher Verwaltung – wie zum Beispiel Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts – für die Organisation der Bundeseisenbahnen ausgeschlossen waren.⁷⁴ Aus dieser organisationsrechtlichen Diskussion heraus wurde sodann auch die Frage aufgeworfen, ob unter der geltenden Grundgesetzfassung eine Privatisierung der Bundeseisenbahnen möglich gewesen wäre, oder ob es hierfür einer Grundgesetzänderung bedurft hätte.⁷⁵ Hinsichtlich des Aufgabengehaltes wurde davon ausgegangen,

⁷¹ Die Stellung als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes ergab sich aus § 1 BbG a. F. Eine gewisse Teilrechtsfähigkeit ergab sich aus § 2 BbG a. F., wonach die DB nur im geschäftlichen Verkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden konnte.

⁷² Zu den einzelnen Streitlinien bietet *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 51 ff. einen guten Überblick; umfassende Darstellung bei *G. Schulz*, Eisenbahnwesen des Bundes, S. 36 ff.

⁷³ *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 57 ff., dort auch ebenfalls zu den Einzelfragen. Siehe auch weiterhin N 72.

⁷⁴ Bejahend: *A. Dittmann*, DV 8 (1975), 431 (435 f.); *ders.*, Die Bundesverwaltung, S. 88 („Grundsatz der Impermeabilität“); verneinend: *H. Krüger*, DÖV 1949, 467 (467 f.); *G. Fromm*, DVBl. 1982, 288 (292); zum Ganzen *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 52 m. w. N.; vgl. auch BVerfGE 63, 1 <36>. Eine Besonderheit bei *Dittmann*, der unter Hinweis auf die besondere Staatsnähe trotz rechtlicher Verselbständigung auch eine privatrechtliche Ausgestaltung – im Gegensatz zu einer öffentlich-rechtlichen – noch als bundeseigene Verwaltung ansehen möchte, s. *A. Dittmann*, Die Bundesverwaltung, S. 88.

⁷⁵ Zur damaligen Diskussion vgl. *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 59 f. m. w. N. und *G. Schulz*, Eisenbahnwesen des Bundes, S. 108 ff., ebenfalls m. w. N.

dass der Norm ein solcher zugestanden werden müsse und hierdurch eine gewisse, aber nach herrschender Meinung auch umgrenzte, Pflicht des Bundes begründet wurde, eine entsprechende Bundeseisenbahn einzurichten und selbige auch zum gemeinen Wohl zu betreiben.⁷⁶ Die aufgabenrechtliche Dimension bezog sich im Wesentlichen darauf, dass der Bund diejenigen Leistungen anbieten müsse, die gesamtstaatlich unverzichtbar seien.⁷⁷

II. Einfachgesetzliche Ausgestaltung

1. Grundsätzliches

Auf einfach-gesetzlicher Ebene wurden die grundgesetzlichen Vorgaben vor allem durch das Bundesbahngesetz ausgestaltet.⁷⁸ Zwar wurde bereits zu Beginn der Bundesrepublik auch schon das Allgemeine Eisenbahngesetz verabschiedet, diesem kam jedoch – aufgrund der monopolistischen Strukturen im Hinblick auf die Deutsche Bundesbahn⁷⁹ – kaum ein eigenständiger Anwendungsbereich zu, so dass dieses Gesetz lediglich im Zusammenhang mit der eben schon genannten Anordnung eines

⁷⁶ Zur Aufgabenqualität des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F. im Allgemeinen vgl. BVerfGE 14, 105 <111>; 21, 245 <248>; 41, 205 <217>; 61, 149 <192>; 61, 1 <33>; speziell zu den Bundeseisenbahnen und prägend für diese spezielle Diskussion: E. Schmidt-Aßmann/G. Fromm, Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn, S. 56 ff. m. w. N.; vgl. weiterhin P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, ZHR 160 (1996), 521 (529 f.); U. Steiner, Verkehr und Post, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, § 81 Rn. 12 sowie S. Pommer, Bahnreform und Enteignung, S. 47 ff.; vgl. auch die umfangreichen Nachweise bei G. Schulz, Eisenbahnwesen des Bundes, S. 53 m. Anm. 115. Dort auch zur angesprochenen Einrichtungsgarantie (a. a. O., S. 55 ff.).

⁷⁷ Wiederum prägend für diese Auslegung: E. Schmidt-Aßmann/G. Fromm, Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn, S. 66 ff., dort die nähere Ausdifferenzierung dieses „Kernbereichs“ durch die Elemente der Überörtlichkeit und der Schienengebundenheit. Zu den Grenzen dieses Auftrags – namentlich das Wirtschaftsgebot wie auch die Verkehrsbedürfnisse der Bevölkerung – s. dort a. a. O., S. 88 ff. Konsequenz ist eine fortdauernde Pflicht des Bundes zu einem Austarieren dieses Aufgabengehaltes unter der Berücksichtigung eines dem Bund zustehenden Beurteilungsspielraumes (a. a. O., S. 93 f.).

⁷⁸ Ausführlich zu den einfachgesetzlichen Ausgestaltungen im Einzelnen vgl. E. Heise, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 62 ff.; S. Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 54 ff. sowie vornehmlich hinsichtlich der „Marktordnung des öffentlichen Eisenbahnwesens“ auch G. Schulz, Eisenbahnwesen des Bundes, S. 142 ff.

⁷⁹ Dazu sogleich unter A. II. 2.

Verwaltungsmonopols im hiesigen Zusammenhang von Interesse ist.

Nach § 1 BbG a. F. verwaltete die Bundesrepublik Deutschland unter dem Namen „Deutsche Bundesbahn“ das Bundeseisenbahnvermögen als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung.⁸⁰ Die Deutsche Bundesbahn war unter Wahrung der Interessen der deutschen Volkswirtschaft nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen.⁸¹ Zugleich war den Anforderungen des Verkehrs Rechnung zu tragen.⁸² Vor diesem Spannungsverhältnis war eine Zuordnung der Deutschen Bundesbahn in die üblichen Kategorien des Verwaltungsrechts nicht einfach möglich.⁸³ Bei den Aufgaben der Bundeseisenbahnen handelte es sich um die Erfüllung von Aufgaben des öffentlichen Dienstes.⁸⁴

Die Aufsicht **über** die Deutsche Bundesbahn lag unter der Verantwortung des Bundesministers für Verkehr.⁸⁵ Hiernach war der zuständige Bundesminister dazu ermächtigt, allgemeine Anordnungen gegenüber dem Sondervermögen zu erlassen.⁸⁶ Zwar handelte es sich bei dem Bundesminister nicht um ein Organ der Deutschen Bundesbahn, er war jedoch durch das Recht der allgemeinen Anordnung mit gewissen Privilegien ausgestattet, die einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Ausrichtung und die Geschäftsführung der Deutschen Bundesbahn einnahmen. Durch dieses Anordnungs- und Weisungsrecht ist bereits deutlich gemacht, dass die Deutsche Bundesbahn – trotz ihrer Ausgliederung in Gestalt des Sondervermögens – in

⁸⁰ Zur Trennung vom Vermögen des Bundes vgl. § 3 Abs. 1 BbG a. F. Folgerichtig haftet der Bund auch nicht für Verbindlichkeiten der Deutschen Bundesbahn, s. § 3 Abs. 2 Satz 1 1. Hs. BbG a. F.

⁸¹ § 4 Abs. 1 Satz 1 BbG a. F. Zur Einordnung der Deutschen Bundesbahn zwischen Markt und Staat instruktiv R. *Freise*, Die Deutsche Bundesbahn zwischen Markt und Staat, in: Miram/Schmoeckel (Hrsg.), Markt und Staat, S. 33 ff.

⁸² § 4 Abs. 1 Satz 2 BbG a. F.

⁸³ Ausführlich M. *Kilian*/U. *Hesse*, Die Verwaltung 26 (1994), 175 (184 f.) mit dem Ergebnis, dass der Rückgriff auf die Daseinsvorsorgelehre nach *Forsthoff* zu einem sinnvollen Ergebnis führe. Das mag für damalige Konzeption als Staatsbahn ein sinnvolles Ergebnis gewesen sein. Dazu auch R. *Freise*, Die Deutsche Bundesbahn zwischen Markt und Staat, in: Miram/Schmoeckel (Hrsg.), Markt und Staat, S. 33 (34).

⁸⁴ § 6 Abs. 3 BbG a. F.

⁸⁵ §§ 14 ff. BbG a. F.

⁸⁶ Zu den Kompetenzen des Bundesministers für Verkehr s. nur § 14 f. BbG a. F.

materieller Hinsicht im Wesentlichen eine nachgeordnete Institution des zuständigen Bundesministeriums war, welches durch sein Zugriffsrecht grundlegende Systementscheidung für die Betätigung der Staatsbahn treffen konnte.

Als eigentliche Organe der Deutschen Bundesbahn fungierten demgegenüber Vorstand und Verwaltungsrat.⁸⁷ Wesentliches Lenkungsorgan war der Verwaltungsrat, der unter der Führung eines Präsidenten stand.⁸⁸ Die Kompetenzen dieses Verwaltungsrates fanden sich in § 12 BbG. Hiernach stand dem Verwaltungsrat zu, über besonders wichtige, abschließend aufgezählte, Angelegenheiten⁸⁹ wie auch über Fragen von allgemeiner Bedeutung⁹⁰ zu entscheiden. Die Mitglieder des Verwaltungsrates waren bei ihrer Amtsausübung auf das Nutzen des deutschen Volkes, der deutschen Wirtschaft sowie der Deutschen Bundesbahn verpflichtet, an Weisungen waren sie nicht gebunden.⁹¹ Dem Vorstand – er bestand aus einem Vorsitzenden und drei weiteren Mitgliedern⁹² – oblag die Führung der Geschäfte der Deutschen Bundesbahn.⁹³ **Er vertritt die Deutsche Bundesbahn gerichtlich und außergerichtlich, soweit nicht die Verwaltungsordnung etwas anderes bestimmt.**⁹⁴ **Bei der Ausübung seiner Kompetenzen ist der Vorstand an die Beschlüsse des Verwaltungsrats gebunden.**⁹⁵ Die Vorgaben für die Amtsausübung zeigen – neben der oben bereits genannten Verpflichtung auf Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohl – den Spagat zwischen den verschiedenen Verpflichtungen der vormaligen Deutschen Bundesbahn, der letztendlich zu schädlichen Reibungen und Verzerrungen – **insbesondere die fehlende Bewältigung des stärker werdenden Mobilitätsinteresses der**

⁸⁷ § 7 BbG a. F.

⁸⁸ Vgl. § 11 Abs. 1 BbG a. F. Zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats s. § 10 Abs. 2 BbG.

⁸⁹ § 12 Abs. 1 BbG a. F.

⁹⁰ § 12 Abs. 2 Satz 1 BbG a. F. Auch die Entscheidung über wichtige Einzelfragen war möglich, wenn mindestens zwei Drittel seiner gesetzlichen Mindestzahl es verlangt haben, s. § 12 Abs. 2 Satz 2 BbG a. F.

⁹¹ § 10 Abs. 4 BbG a. F.

⁹² § 8 Abs. 1 Satz 1 BbG a. F.

⁹³ § 9 Abs. 1 Satz 1 BbG a. F.

⁹⁴ § 9 Abs. 1 Satz 2 BbG a. F.

⁹⁵ § 9 Abs. 1 Satz 3 BbG a. F.

Bevölkerung an Personen- und Güterschienenverkehr – geführt hat, die unter anderem die Bahnreform, insbesondere unter Beachtung des angehäuften Schuldenberges, notwendig gemacht haben.⁹⁶ Hierzu trug nicht zuletzt die Einflussposition des zuständigen Bundesministers hinzu.

2. Insbesondere: Monopolstellung

Für die hiesige Untersuchung ist von besonderer Relevanz, ob die Deutsche Bundesbahn hinsichtlich des Betriebes von Verkehr und Infrastruktur mit einem Monopol ausgestattet war beziehungsweise ob ihr – kraft bestehender gesetzlicher Regelungen – ein Monopol zugekommen ist. Zur Beurteilung dieser Frage ist der Blick auf die Marktöffnungsregeln für den Eisenbahnsektor vor der Bahnreform zu lenken.⁹⁷

Nach § 4 Abs. 2 AEG a. F. konnte das Recht, eine neue öffentliche Eisenbahn zu bauen und zu betreiben, erst dann, wenn der Bundesminister für Verkehr erklärt hat, dass es nicht für die Deutsche Bundesbahn innerhalb eines angemessenen Zeitraums in Anspruch genommen wird, vom Land selbst ausgeübt oder von der obersten Landesverkehrsbehörde an einen Unternehmer verliehen werden, sofern diese ein Verkehrsbedürfnis dafür anerkannt hat. **Hieraus wurde zu Recht abgeleitet, dass diese Vorschrift die Deutsche Bundesbahn mit einem rechtlichen Monopol in Gestalt eines Verwaltungsmonopols ausgestattet hat.**⁹⁸ Privaten kam aus § 4

⁹⁶ Näher hierzu die Nachweise unter B. I.

⁹⁷ Hierzu G. Schulz, Eisenbahnwesen des Bundes, S. 142 ff.

⁹⁸ Herrschende Meinung zum alten Recht, s. P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 209, 216; P. Schmidt, Staatliche und gemeindliche Monopole, S. 68; anderer Ansicht G. Schulz, Eisenbahnwesen des Bundes, S. 145, nach welchem hier nur ein „qualifiziertes rechtliches Eisenbahnmonopol“ vorliege, da die Deutsche Bundesbahn zwar ein Vorrecht auf die Tätigkeiten habe, dieses Vorrecht jedoch nicht mit Ausschließkeitsqualität ausgestattet sei. Im hier interessierenden Zusammenhang kommt es auf diese Unterscheidung jedoch nicht an, da auch ein gesetzlich vorgegebenes, wirksames Vorrecht für die staatliche Betätigung ausreichend im Sinne der hier verfolgten Vertrauensschutzkonzeption ist. Näher unten Kap. 5, F. II. Zur Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Monopolen s. auch J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 166 f.

Abs. 2 AEG a. F. kein subjektiv-öffentliches Recht auf Zulassung zum Eisenbahnbetrieb zu.⁹⁹ Eine Besonderheit lag jedoch darin, dass es sich um keinen Monopolvorbehalt im engeren Sinne gehandelt hatte, sondern Ziel der Gesetzesfassung die Bewahrung des *status quo* war.¹⁰⁰ Notwendig ist damit ein Blick weiter zurück in die Rechtsgeschichte des deutschen Eisenbahnwesens und auf die (verfassungs-)rechtliche Ausgestaltung durch die Rechtsordnungen vor dem Erlass des Grundgesetzes. Zu einem besseren Verständnis dieser Fragestellungen und ihrer systematischen Verortung vor historischem Kontext ist deshalb zunächst und hier ausschließlich punktuell die Entwicklung des Eisenbahnrechts in Deutschland nachzuvollziehen.

a) Monopole im Eisenbahnsektor aus historischer Perspektive

Mit dem Beginn des Eisenbahnzeitalters war die Frage nach dem Grad der Involvierung des Staates in dieses neu geschaffene Fortbewegungsmittel aufgekommen. Zu Betrachtung und schlagwortartigen Kennzeichnung dieser frühen Phase staatlicher Eisenbahnpolitik wird gerne auf die Dichotomie von Staatsbahnsystem einerseits und Privatbahnsystem andererseits zurückgegriffen.¹⁰¹

Damit ist nicht die Frage angesprochen, ob der jeweilige Staat das Eisenbahnwesen in seinem Hoheitsgebiet kontrollieren soll: die administrative Überwachung des Eisenbahnwesens durch gefahrenabwehrende wie sonstige Maßnahmen öffentlich-rechtlicher Prägung erscheint zumeist selbstverständlich und fügt sich nahtlos in das Grundprinzip der staatlichen Regulierung und flankierender Gefahrenabwehrverantwortung von Infrastrukturen und Verkehren ein. Die Dichotomie fragt vielmehr danach, ob der Staat selbst als Leistungserbringer auftreten soll oder vielleicht sogar als alleiniger Leistungserbringer. Die richtige Frage ist demnach: wer erfüllt in einem Staatswesen das Bedürfnis der Gesellschaft nach Transport durch die Eisenbahn? Der Staat, die Gesellschaft oder beide?

⁹⁹ J. Biermann, Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole, S. 36 m. Anm. 53.

¹⁰⁰ P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 209.

¹⁰¹ Siehe dazu gleichfalls P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 209 m. w. N.

b) Der Beginn im 19. Jahrhundert

Diese Leitfrage determinierte insbesondere die rechts- wie gesellschaftspolitische Diskussion des 19. Jahrhunderts, nachdem im Jahre 1835 in Franken die erste Eisenbahnlinie Deutschlands den Betrieb aufnahm.¹⁰² Jedoch zeigte sich schnell, dass die Idee der Staatsbahn nicht überall überzeugte: es entschlossen sich zwar einige Staaten zum Bau von Staatsbahnen – unter anderem Bayern, Baden wie Württemberg – gerade jedoch der wichtigste Staat, **das Königreich Preußen**, favorisierte in seinem Gesetz über die Eisenbahnunternehmen aus dem Jahre 1838 das Modell einer Privatbahn.¹⁰³ Nichtsdestoweniger gab es auch in Preußen Eisenbahnen in der Hand des Freistaates. Diese machten jedoch im Verhältnis zur Lage in anderen Staaten nur einen geringen Anteil der Gesamtverkehre nebst Streckenlänge aus. In der Verfassung des Norddeutschen Bundes beziehungsweise in der Reichsverfassung von 1871 sind einzelne Regelungen zum Eisenbahnwesen enthalten. **Diese betreffen jedoch vor allem die Verwaltungstätigkeit, darüber hinaus haben sie die Vereinigung des Eisenbahnsystems unter staatlicher Führung zum Gegenstand.**¹⁰⁴ Mangels eines einheitlichen Eisenbahnsystems stand auch eine Monopolisierung zum damaligen Zeitpunkt noch nicht in Rede.

c) Eisenbahnrecht unter der Weimarer Reichsverfassung

Mit der Weimarer Reichsverfassung (WRV) wurde sodann der Weg zur einheitlichen Reichsbahn ins Werk gesetzt. Nach Art. 89 WRV war es die Aufgabe des Reichs, die „dem allgemeinen Verkehre“ dienenden Eisenbahnen in sein Eigentum zu übernehmen und als einheitliche Verkehrsanstalt zu verwalten. Nach Art. 171 Abs. 1 WRV sollte die Übernahme der bestehenden Staatseisenbahnen auf das Reich spätestens zum 1. April 1921 vonstattengehen; vorrangig im Wege eines Staatsvertrages mit den

¹⁰² P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 209 f.

¹⁰³ Informativ zu den Motiven für die Verstaatlichung der Eisenbahn in Preußen: W. Schubert, Motive der Verstaatlichung, in: Miram/Schmockel, Eisenbahn zwischen Markt und Staat, S. 15 ff.

¹⁰⁴ Vgl. näher P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 210.

Ländern, notfalls aber durch eine Entscheidung des Staatsgerichtshofes.¹⁰⁵ Am 1. April 1920 wurde die Reichsbahn gegründet.¹⁰⁶ Anfänglich firmierte man unter Deutscher Reichsbahn, die jedoch mit dem 11. Oktober 1924 von der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft abgelöst wurde; hierbei handelte es sich um eine mit großer Autonomie ausgestatteten Unternehmung, die – obwohl mit dem Wirken einer Handelsgesellschaft betraut – in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert war.¹⁰⁷

Bereits die Weimarer Reichsverfassung selbst enthielt Vorgaben für die Wettbewerbsausgestaltung im Eisenbahnwesen: in Art. 94 Abs. 1 Satz 1 WRV ist bestimmt, dass – sofern das Reich die dem allgemeinen Verkehr dienenden Eisenbahnen eines bestimmten Gebiets in seine Verwaltung übernommen hat –, innerhalb dieses Gebiets neue, dem allgemeinen Verkehr dienende Eisenbahnen nur vom Reiche oder mit seiner Zustimmung gebaut werden können. Hieraus ist keine Monopolregelung im klassischen Sinne abzuleiten, da diese Vorschrift nicht per se andere Eisenbahnunternehmen ausschließt. Sie überantwortet dem Reich beziehungsweise nunmehr der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft aber ein Erstzugriffsrecht hinsichtlich neuer Verkehre, wenn in einem bestimmten Gebiet bereits Verkehre in seine Verwaltung übernommen wurden.¹⁰⁸

Auf der Ebene des einfachen Rechts legte § 10 Abs. 4 Reichsbahngesetz (RBG) fest, dass die Nichtausübung der vorbehaltenen Tätigkeit durch die Deutsche Reichsbahngesellschaft von deren Interesse an einer bestimmten, von einem Dritten geplanten neuen Eisenbahn des allgemeinen Verkehrs abhängig sei.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Vgl. Art. 171 Abs. 2 WRV.

¹⁰⁶ Zu den Bedingungen der Übernahme s. den Staatsvertrag zwischen dem Reich und den Ländern, die Staatsbahnen betrieben haben, dieser genehmigt durch das Gesetz vom 30. 4. 1920 (RGBl, S. 773). Zu Einzelheiten vgl. wiederum *P. Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 210.

¹⁰⁷ RGSt 60, 139; *G. Anschütz*, WRV, Art. 89 Rn. 5; *P. Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 213.

¹⁰⁸ Ähnlich *P. Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 213.

¹⁰⁹ Zur vergleichbaren Regelung des § 4 Abs. 2 AEG a. F. s. bereits oben A. II. 2. und sogleich unter A. II. 2. d). Vgl. *P. Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 214 ff. zur Rechtfertigung des Verwaltungsmonopols von Deutscher Reichsbahn-Gesellschaft wie – später – Deutscher Bundesbahn. Diese rechtspolitisch wie grundrechtlich angeleitete Frage nach der Legitimation solcher Staatsmonopole bedarf hier keiner Erörterung. Entscheidend ist, dass ein Monopol bestand, nicht aber, ob dieses recht-

d) Die Konzeption des Eisenbahnrechts bis zur Bahnreform 1993/1994

Wie bereits eben angedeutet, übernimmt § 4 Abs. 2 AEG a. F. die Regelungstechnik des Reichsbahngesetzes. **Das bedeutet, dass der durch Weimarer Reichsverfassung wie einfachgesetzlicher Ausgestaltung ins Werk gesetzte Vorrang der Staatsbahnen nicht zu einem Monopol im klassischen Sinne – also einem rechtlichen Betätigungsverbot für private Anbieter – geführt hat. Grundlage des Monopols ist damit nicht die Betätigung als solche, sondern der Bau sowie der Betrieb *neuer* Eisenbahnen im öffentlichen Verkehr. Es gab auch unter der Geltung des § 4 Abs. 2 AEG a. F. – in einem zwar zu vernachlässigenden Umfang, aber dennoch – Privatbahnverkehr.**

Daraus ist abzuleiten, dass die Deutsche Bundesbahn vor der verfassungsrechtlichen Bahnreform der Jahre 1993/1994 ein Verwaltungsmonopol besaß.¹¹⁰ Ausfluss dieses Verwaltungsmonopols der Deutschen Bundesbahn ist es, dass andere potentielle Anbieter von Eisenbahnverkehren – egal, ob es sich insoweit um private oder staatliche Anbieter handelt – an der Aufnahme des Betriebes gehindert sind, bis die Deutsche Bundesbahn von eigenen Inanspruchnahme absieht.¹¹¹

e) Zusammenfassung

Wie aufgezeigt, besteht seit der Gründung der Reichsbahn unter der Ägide der Weimarer Reichsverfassung eine Vorrangstellung der jeweiligen Staatsbahnen, die § 4 Abs. 2 AEG a. F. unter der Geltung des Grundgesetzes in gleicher Weise fortgeschrieben hat. Durch diese rechtliche Vorrangstellung der Bundeseisenbahnen wurde die monopolistische Staatsbahnstruktur in Deutschland ins Werk gesetzt, was – wie noch zu zeigen sein wird – auch Konsequenzen für die Ausgestaltung des Rechts nach einer Aufgabenprivatisierung hat. **Hierbei wird es für die hier vorgelegte Arbeit im Grundsatz nicht darauf ankommen**, wie ein solches Monopol rechtlich ausgestaltet ist, sondern wesentlich ist, dass der Staat in monopolistischer Manier eine

wie zweckmäßig war.

¹¹⁰ Vgl. P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 216.

¹¹¹ Vgl. wiederum P. Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 217, dort auch zu Fragen, die aus der föderalistischen Struktur der Bundesrepublik resultieren.

Staatsaufgabe erfüllt hat und dies nicht nur auf faktischen Gegebenheiten beruht, sondern er steuernd – sei es durch Verwaltung oder Gesetzgebung – diesen Zustand herbeigeführt hat. Unabhängig hiervon ist auch, ob der Zustand rechtmäßig war. **Der Zustand der Monopolbildung muss ihm aber rechtlich zuzurechnen sein, ein aus dem Markt autark entstehendes Monopol genügt hingegen nicht, um daraus im Zuge der hiesigen Untersuchung einer Gewährleistungs- oder Sicherstellungsstellungsverpflichtung aus dem Grundgesetz heraus abzuleiten zu können.**¹¹² Eine bloße Reflexwirkung wäre gerade nicht ausreichend. Die Monopolisierung muss auf das gesetzte Recht oder mindestens auf eine entsprechende Verwaltungs- wie Rechtsprechungspraxis zurückzuführen sein. Zweitgenanntes kann man auch mit guten Gründen in den Zweifel ziehen, letztendlich kommt es hierauf jedoch nicht an, da im Zusammenhang mit der Eisenbahn in Deutschland – wie gezeigt – bereits von einer normativen Fundierung auszugehen ist.

B. Strukturmerkmale des geltenden Eisenbahnverfassungsrechts

I. Reformidee: Systemwechsel

Das bundesrepublikanische Eisenbahnrecht hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten eine deutliche Veränderung erfahren.¹¹³ Bis zum Beginn der 1990er Jahre wurden nach der Wiedervereinigung die Bundeseisenbahnen – Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn – unter der Regie von Art. 87 GG a. F. als unselbständige Sondervermögen des Bundes geführt.¹¹⁴ Das Dach der Bundeseisenbahnen vereinte sowohl Verkehr wie auch Infrastruktur und wurde als Verwaltung im herkömmlichen Sinne geführt. Im Zuge der verfassungsrechtlichen Bahnreform der Jahre 1993 und 1994 wurde die verwaltungsmäßige Erfüllung durch eine privatwirtschaftliche Erfüllung abgelöst. Es wurde eine Umstrukturierung dergestalt durchgeführt, dass die

¹¹² S. dazu unter Kap. 5, F. II.

¹¹³ Ausführlich zur Bahnreform selbst – nebst Ausführungen zu den einzelnen Privatisierungsschritten – und zum Weg dorthin: *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, 2009, passim und *S. Pommer*, Bahnreform und Enteignung, S. 64 ff.

¹¹⁴ Siehe soeben unter A. I.

staatliche Monopolstruktur zugunsten eines Wettbewerbsmodells aufgegeben wurde. Hierfür war die europäische Rechtsentwicklung in hohem Maße prägend und – sofern sie keine konkreten Ausgestaltungsvorgaben enthielt – zumindest katalysierend.¹¹⁵ Treibend für die Bahnreform war aber aus politischer Sicht nicht nur unwesentlich, dass die Deutschen Bundesbahnen in ihrer Behördenorganisation strukturell nicht in der Lage waren, wirtschaftlich sinnvoll betrieben zu werden.¹¹⁶ Den Höhepunkt erreichte diese Entwicklung zu dem Zeitpunkt als das Sondervermögen mit einem Schuldenstand in Höhe von über 70 Milliarden DM konfrontiert war.¹¹⁷ Nach hieraus gewonnener politischer Überzeugung war eine Sanierung des deutschen Eisenbahnwesens nur noch durch einen radikalen Systemwechsel möglich.¹¹⁸ Bereits seit längerem herrschte **die Meinung** vor, dass die Organisationsstrukturen wie auch die handlungsleitenden Maßstäbe des vormaligen Eisenbahnrechts nicht der Lage gewesen waren, die Bundeseisenbahnen an die Veränderung des Eisenbahnmarktes anzupassen.¹¹⁹ **Drei Ziele der Bahnreform lassen sich ausmachen: im Wesentlichen sollte die Attraktivität des Schienenverkehrs in der Bevölkerung wieder erhöht werden und dadurch der Anteil des Verkehrsträgers Schiene im Vergleich zu den anderen Verkehrsträgern wachsen, gleichzeitig dadurch sollte eine Entlastung der öffentlichen Haushalte erreicht werden sowie eine Umstrukturierung der Bundeseisenbahnen in wettbewerbsfähige Unternehmen mit privatwirtschaftlicher Zielsetzung vorgenommen werden, so dass auf dieser Grundlage die so entstandene Deutsche Bahn AG der Liberalisierung im**

¹¹⁵ Treffende Darstellung bei *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 73 ff.; vgl. hierzu auch *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 72 f., die zutreffend von „Anstößen“ spricht und dadurch deutlich macht, dass auch andere Umsetzungsmöglichkeiten der europäischen Vorgaben bestanden hätten als die durchgeführte Bahnreform; s. auch *H.-D. Horn*, in: FS Frotscher, S. 379 (385).

¹¹⁶ S. hierzu nur BT-Drs. 12/6289, S. 2.

¹¹⁷ Zur wirtschaftlichen Situation der Bundesbahnen vgl. *G. Schulz*, Eisenbahnwesen des Bundes, S. 28. Siehe auch *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 70 f. sowie *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 67 ff.

¹¹⁸ Zusammenfassend zu den Motiven der Bahnreform: *G. Aberle*, Motive und Instrumente der Bahnreform von 1994, in: Miram/Schmoeckel (Hrsg.), Markt und Staat, S. 50 ff.

¹¹⁹ *E. Schmidt-Aßmann*, FS Sellner, S. 77 (79); vgl. auch *Tb. Vesting*, in: AK-GG, Art. 87e Rn. 14 f.

nunmehr europäischen Eisenbahnmarkt für die Zukunft gewachsen war.¹²⁰

Schnell wurde deutlich, dass die nunmehr anstehende Bahnreform nicht nur auf der Ebene des einfachen Rechts bestritten werden konnte, sondern dass eine Verfassungsänderung vonnöten war. **Eine einfachgesetzliche Umstrukturierung kam insbesondere deshalb nicht in Betracht, da die herrschende Meinung zur grundgesetzlichen Ausgestaltung der Bundesbahnen dem entgegenstand.**¹²¹

Die Bahnreform setzte sich zusammen aus mehreren Änderungen des Grundgesetzes¹²² sowie etlichen einfachgesetzlichen Anpassungen^{123, 124}. Der Weg zur verfassungsändernden Bahnreform war nicht von Einigkeit der verschiedenen politischen Akteure geprägt. Im Grundsatz war umstritten, in welchem Umfang die Bundesbahnen beziehungsweise der gesamte verstaatlichte Eisenbahnsektor einer Privatisierung zugeführt werden sollten.¹²⁵ Ausgangspunkte waren der Gesetzesentwurf seitens der

¹²⁰ Vgl. *Monopolkommission*, Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG, Sondergutachten 46, S. 11.

¹²¹ Siehe oben A. I.

¹²² Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. 12. 1993 (BGBl. I S. 2089), in Kraft getreten am 23. Dezember 1993. Die Änderungen betrafen bzw. die folgenden Vorschriften wurden neu in das Grundgesetz eingefügt: Art. 73 Abs. 1 Nr. 6, 6a, Art. 74 Abs. 1 Nr. 23, Art. 80 Abs. 2, Art. 87 Abs. 1 Satz 1, Art. 106a sowie Art. 143a GG. Im Überblick hierzu *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 76 ff.

¹²³ S. dazu das Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (ENeuOG) vom 27. 12. 1993 (BGBl. I S. 2378). Hinsichtlich der Umwandlung der Unternehmen selbst ist vor allem das Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen (BEZNG) vom 27. 12. 1993 (BGBl. I S. 2378) in den Blick zu nehmen. Auf der Grundlage dieses Gesetzes wurden die beiden nichtrechtsfähigen Sondervermögen des Bundes – Deutsche Bundesbahn sowie Deutsche Reichsbahn – zu einem einheitlichen Eisenbahnvermögen zusammengeführt. S. zu dem BEZNG in Kürze *E. Heise*, DVBl. 2012, 1290 (1290).

¹²⁴ Zu den Motiven und Zielen der Bahnreform insgesamt vgl. insbesondere *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 66 ff.; weiterhin: *H. Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 3 f.; *G. Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 174 ff.; *E. Schmidt-Aßmann/H. Ch. Röhl*, DÖV 1994, 577 (580 ff.); *Ch. Heinze*, BayVBl. 1994, 266 (266 ff.); *E. Menges*, Rechtsgrundlagen, S. 47 ff.; *S. Pommer*, Bahnreform und Enteignung, S. 65 ff.; *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 70 ff.

¹²⁵ Umfassende Erörterung des Gesetzgebungsprozesses bei *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 81 ff. und *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 57 ff.

regierungstragenden Fraktionen (CDU/CSU und der FDP) einerseits sowie der damit identische Gesetzesentwurf der Bundesregierung selbst.¹²⁶ Gegenstand dieser Vorschläge zur Änderung des Grundgesetzes war im Wesentlichen die heutige Fassung des Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG, wonach die Eisenbahnen des Bundes als „Wirtschaftsunternehmen in privat-rechtlicher Form“ geführt werden sollten. Die Gesetzesentwürfe trafen keine Aussage zu einer etwaigen Gewährleistungs- oder Sicherstellungspflicht des Bundes. Der Gegenentwurf des Bundesrates störte sich an dieser einseitigen Betonung der Privatisierung und forderte eine Pflicht des Bundes zur Erhaltung eines funktionsfähigen Infrastruktursystems ein.¹²⁷ Weiterhin sollte die Stellung des Bundes als Eigentümer der Schienenwege im Grundgesetz verankert werden.¹²⁸ In der Folge wurden die Sicherstellungsverpflichtung in Art. 87e Abs. 4 GG sowie der Schienenwegesvorbehalt in Art. 87e Abs. 3 Satz 3 2. Hs. GG noch aufgenommen.

Diese unterschiedlichen Interessen führten zur Kompromisshaftigkeit der Norm, die für zahlreiche Auslegungsprobleme sorgt.¹²⁹ Am 23. Dezember 1993 ist Art. 87e GG in das Grundgesetz eingefügt worden und ist bis zum heutigen Tage nicht mehr verändert worden.¹³⁰ Unter der Geltung des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F.¹³¹ wurden die Bundeseisenbahnen in Behördenform geführt. Die durch die

¹²⁶ BT-Drs. 12/4610 und 12/5015.

¹²⁷ BT-Drs. 12/5015, S. 11.

¹²⁸ BT-Drs. 12/5015, S. 11.

¹²⁹ Siehe zunächst den Bericht und die Beschlussempfehlungen des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/6280; zur Kompromisshaftigkeit und den damit verbundenen Auslegungsproblemen: *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 8: „Fast durchgehend sind die grundlegenden Strukturentscheidungen mit zumindest partiell gegenläufigen Aussagen, Ausnahmen und Einschränkungen versehen, die das Gesamtbild der Regelung verunklaren.“; in diese Richtung auch *J. Wieland*, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 8, Kritik ebenfalls bei *H. Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 37. **Eine Bemerkung wert ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, diese sieht die Kompromisshaftigkeit selbst als bestehenden Regelungsgehalt. Gewünscht ist also eben nicht eine Harmonisierung durch Auslegung, sondern der Wert der Kompromisshaftigkeit muss erhalten bleiben**, vgl. dazu BVerfGE 129, 356 <369>.

¹³⁰ Eingefügt durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 20. 12. 1993 (BGBl. I S. 2089).

¹³¹ Siehe soeben A. I.

Bahnreform in Geltung gesetzten neuen Bestimmungen des Grundgesetzes – namentlich vor allem Art. 87e GG – erlauben es, die vormalig in Behördenform organisierten Bundeseisenbahnen in Wirtschaftsunternehmen umzuwandeln, die Eisenbahndienstleistungen als grundsätzlich marktgängige Güter anbieten. Der Bund beschränkt sich auf eine Überwachungs- und Regulierungsrolle und nimmt weiterhin die klassischen Hoheitsaufgaben im Eisenbahnsektor wahr.

Das Eisenbahnverfassungsrecht wird freilich nicht allein durch Art. 87e GG bestimmt. Weitere Regelungen mit Bezug zum Eisenbahnsektor finden sich in den Artt. 73 Abs. 1 Nr. 6a, 74 Abs. 1 Nr. 23, 80 Abs. 2, 106a, 143a GG. Der zentralen Vorschrift des Art. 87e GG obliegt in diesem Zusammenhang insbesondere die Regelung der Organisation der Eisenbahnen des Bundes, der Aufgabenzuweisung sowie der Eisenbahnverwaltung des Bundes. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 23 GG normieren ausschließliche beziehungsweise konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen des Bundes für bestimmte Teile des Eisenbahnsektors. Eine spezielle Befassungsgarantie für den Bundesrat bei der Verordnungsgebung enthält Art. 80 Abs. 2 GG, während Art. 106a GG einen Anteil der Länder am Steueraufkommen des Bundes verfassungsrechtlich festschreibt, den die Länder für die Aufgabenwahrnehmung im Personennahverkehr erhalten.

Zuletzt trifft Art. 143a GG gewisse Übergangsregelungen für den Eisenbahnsektor und wichtige Hinweise zur Reichweite der Privatisierung hinsichtlich des Schienenpersonennahverkehrs. Ausdruck und Folge der Kompromisshaftigkeit des Gesetzgebungsprozesses ist der bisweilen beklagte fragmentarische Charakter des Eisenbahnverfassungsrechts im Allgemeinen, sowie der Norm des Art. 87e GG im Besonderen. Die Auslegung des geltenden Eisenbahnverfassungsrechts ist dementsprechend in der verfassungsrechtlichen Literatur umstritten, es lassen sich aber gewisse Grundlagen bestimmen, über die weitestgehend Einigkeit besteht. Ziel kann es an dieser Stelle nur sein, gewisse Grundlinien und Systementscheidungen deutlich zu machen, um eine Grundlage für die spätere Ausfüllung des Art. 87e Abs. 4 GG mit verfassungsrechtlichem Leben zu schaffen.¹³² Hierbei sind die oben skizzierten Grundentscheidungen des Unionsrechts nicht aus dem Blick zu verlieren, so wird manche

¹³² Die einzelnen Grundentscheidungen des verfassungsändernden Gesetzgebers werden in den folgenden Kapiteln immer wieder aufgegriffen und spezifisch vertieft, auch wenn dies im

scheinbar unvollständige Entscheidung des nationalen Verfassungsrechts auch durch die entsprechende europarechtliche Vorgabe ergänzt und bekommt so ihren Sinn.¹³³

II. Trennung von Leistungsanbietung und Hoheitsaufgabe

1. Grundidee

Das erste Grundmuster des Eisenbahnverfassungsrechts ist die Trennung zwischen hoheitlichen und unternehmerischen Aufgaben.¹³⁴ Deutlich wird dies bereits durch die innere Systematik des Grundgesetzartikels: während Art. 87e Abs. 1 Satz 1 GG davon spricht, dass die Eisenbahnverkehrsverwaltung für Eisenbahnen des Bundes in bundeseigener Verwaltung geführt wird, geht Abs. 3 Satz 1 davon aus, dass Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden.

Die Frage nach der Trennung von Hoheits- und Leistungsaufgabe stellt sich im Kern nur für die Eisenbahnen des Bundes, waren doch deren Rechtsvorgänger nach den oben dargestellten Grundlagen über eine lange Zeit ganz maßgeblich auch mit hoheitlichen Verwaltungsaufgaben betraut und die Erfüllung des Fahr- wie auch Infrastrukturbetriebes verwaltungsmäßig ausgestaltet. Nunmehr als Wirtschaftsunternehmen verfassungsrechtlich geprägt und damit unter Verlust der Aufgabenzuständigkeit für die Eisenbahnverkehrsverwaltung erbringen Wirtschaftsunternehmen die im Streit stehenden Eisenbahndienstleistungen – Infrastruktur- wie auch Verkehrsdienstleistungen – in einem Marktumfeld.¹³⁵

kommenden Abschnitt nicht immer besonders ausgewiesen wird. Auf Art. 87e Abs. 4 GG wird zunächst nicht eingegangen. Hier erfolgt zu Beginn des 6. Kapitels eine überblicksartige Einführung, bevor die Einzelheiten entwickelt werden, s. dort Kap. 6, A., insb. A. I.

¹³³ M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 38.

¹³⁴ BGHSt 49, 214 <216>; M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 4, 23; K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 8; G. Fromm, DVBl. 1994, 187 (191); E. Heise, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 77; A. Benz, Die Verwaltung 28 (1995), 337 (349); S. Pommer, Bahnreform und Enteignung, S. 86 ff.

¹³⁵ Ausführlich dazu B. V. sowie vor allem Kap. 3, C. II.

Nicht in Art. 87e GG angesprochen ist die Erbringung von Eisenbahndienstleistungen durch Eisenbahnunternehmen, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind wie zum Beispiel private Eisenbahnverkehrsunternehmen oder auch ausländische staatliche Eisenbahnverkehrsunternehmen. Diese Nichterwähnung ist nicht dergestalt zu verstehen, dass diesen Unternehmen eine Leistungsanbietung nicht offenstehen würde, sondern hier zeigt sich deutlich der bereits weiter oben angesprochene Umstand, wonach sich das deutsche Eisenbahnverfassungsrecht – und hier insbesondere Art. 87e GG – primär als Privatisierungsumsetzungsrecht darstellt und demnach in seinen Regelungszielen auch vor allem auf die Neuausrichtung der vormaligen Staatsbahnen ausgerichtet ist.¹³⁶ Gegenstand der Norm ist damit keine vollständige Rahmenordnung für die Ausgestaltung des bundesrepublikanischen Eisenbahnrechts, sondern die Vorschrift lässt Lücken, die nach den allgemeinen Regeln und durch Auslegung zu füllen sind. Die Schwesternorm des Art. 87f GG bringt die Leistungsanbietung durch nicht-staatliche Unternehmen demgegenüber deutlicher zum Ausdruck und statet in der Folge die private Leistungserbringung auch mit Verfassungsrang aus.¹³⁷

Aus der staatsaufgabenbezogenen¹³⁸ Dimension der Art. 83 ff. GG folgt zweierlei: Zum einen ist der Anordnung der bundeseigenen Verwaltung zugleich ein Verbot der Aufgabenprivatisierung immanent.¹³⁹ Mit anderen Worten kann unter der Geltung des Art. 87e GG in seiner heutigen Gestalt die Eisenbahnverkehrsverwaltung nicht einem privatrechtlich agierenden Unternehmen übertragen werden.¹⁴⁰ Eine –

¹³⁶ Siehe oben in der Einleitung sowie im Zusammenhang mit dem Unionsrecht vgl. Kap. 1, B. IV.

¹³⁷ Siehe Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG und dazu B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87f (2019), Rn. 5 ff.; Relevanz entfaltet dieser Unterschied insbesondere bei der Diskussion um eine verfassungsrechtliche Verankerung des Wettbewerbsprinzips in den jeweiligen Sektoren.

¹³⁸ Vgl. hierzu BVerfGE 63, 1 <41>.

¹³⁹ K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 20; J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 563; Aufgaben- und Organisationsprivatisierung: P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, ZHR 160 (1996), 521 (526) sowie im Anschluss daran R. D. Etzold, Gewährleistungsverantwortung, S. 41 f.; zu abweichenden Ansätzen sowie Differenzierungsmöglichkeiten s. B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019), Rn. 8; monographisch: A. Dittmann, Bundesverwaltung, S. 87 f.

¹⁴⁰ F. Brosius-Gersdorf, DÖV 2002, 275 (279); S. Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 90 m. w. N. Zu der damit verwandten Frage im Zusammenhang mit den Privatisierungsbestrebungen hinsichtlich der Flugsicherung s. K. Baumann, DVBl. 2006, 332 (332 ff.); G. Kirchhoff/M. Boewe,

auch nur partielle – Verwaltungstätigkeit der Eisenbahnunternehmen, insbesondere der Eisenbahnen des Bundes, ist damit ausgeschlossen. Eine entsprechende Betrauung oder gar Beleihung durch die zuständige Stelle wäre verfassungswidrig.¹⁴¹ Zum anderen enthält das Gebot der staatlichen Verwaltung der Eisenbahnen des Bundes nicht nur eine Zuständigkeitszuweisung an den Bund als Kompetenzträger, sondern zugleich auch ein Betätigungsverbot des Bundes außerhalb dieser Kompetenzzuweisung. Ihm ist es insbesondere verwehrt, selbst wieder Eisenbahndienstleistungen anzubieten.¹⁴²

Hermes zufolge **ist** es offensichtlich, dass sich staatliche Aufgaben im Eisenbahnsektor auf hoheitliche Kontroll- sowie Regulierungsaufgaben beschränken sollen.¹⁴³ Dem ist zuzustimmen. Die Leistungserbringung ist nach der jetzigen Fassung des Grundgesetzes keine Aufgabe des Staates mehr und dementsprechend kann sich der Staat dieser Aufgabe auch nicht mehr annehmen.¹⁴⁴

2. Eisenbahndienstleistungen

Die Eisenbahnen des Bundes und andere Eisenbahnunternehmen erbringen Eisenbahndienstleistungen. Hierbei handelt es sich insbesondere um den Betrieb von Inf-

ZLW 2007, 17 (17 ff.); *M. Droge*, DÖV 2006, 781 (781 ff.); ausführlich: *F. Schoch*, Gesetz zur Neuordnung der Flugsicherung, 2006. Unklar bleibt in diesem Zusammenhang die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg, DVBl. 2016, 1332 (1334), wonach die DB AG „kein „reines“ privatwirtschaftliches Unternehmen ist, sondern (auch) funktional materielle Verwaltungsaufgaben erfüllt“.

¹⁴¹ Tlw. anderer Ansicht wohl *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 90, eine „Beleihung Privater [sei] nur in Ausnahmefällen und auf gesetzlicher Grundlage möglich“, ob damit auch die Eisenbahnen des Bundes in Bezug genommen werden, bleibt im Dunkeln.

¹⁴² *B. Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87e Rn. 1; *B. Remmert*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 1; *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 4; *K. Ruge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 87e Rn. 3; *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 88. Näher dazu unten Kap. 3, C. II. 4.

¹⁴³ *G. Hermes*, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 13.

¹⁴⁴ Vgl. hierzu auch N 142 sowie ausführlich unten Kap. 3, C. II.

rastruktur und Verkehr im Gewande einer kaufmännischen Betätigung in Gestalt privatrechtlicher Wirtschaftsunternehmen.¹⁴⁵

Diese Dienstleistungen erbringen die Eisenbahnen des Bundes – namentlich die Deutsche Bahn AG mit ihren Tochterunternehmen – wie auch andere private Anbieter im Eisenbahnsektor. **Damit ist in der Sache nichts anderes bestimmt als wie es ausdrücklich in Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG für die Post- und Telekommunikation niedergeschrieben steht; Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG fasst dies jedoch bereits nach seinem Wortlaut klarer.** Die Deutsche Bahn AG steht damit in Konkurrenz zu den privaten und ausländischen staatlichen Unternehmen und verfährt bei der Anbietung ihrer Produkte nach betriebswirtschaftlicher Rationalität. Eine Gemeinwohleinstiftung ist ihr nicht mehr immanent – anders noch bei der Deutschen Bundesbahn vor der verfassungsrechtlichen Bahnreform –, im Einzelfall können ihr jedoch, wie jedem anderen Eisenbahnunternehmen auch, Gemeinverpflichtungen auferlegt werden, welche jedoch vergütet werden müssen.¹⁴⁶ Auch diese Gleichstellung mit anderen privaten Anbieter ist Konsequenz und Ziel der Bahnreform und betont nochmals, dass es sich nunmehr bei der Deutschen Bahn AG und der von ihr angebotenen Eisenbahndienstleistungen um nichts anderes mehr handelt als die Betätigung eines sonstigen privaten Anbieters.

3. Eisenbahnverkehrsverwaltung

Seiner Stellung im Abschnitt VIII des Grundgesetzes entsprechend enthält die Vorschrift des Art. 87e GG nicht nur Vorgaben für ein Eisenbahnsystem nach der Privatisierung der ehemaligen Staatsbahnen, sondern auch Vorgaben für die Verteilung

¹⁴⁵ Vgl. hierzu bereits den Wortlaut des Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG für die Eisenbahnen des Bundes.

¹⁴⁶ S. § 15 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) vom 27. 12. 1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 29. 8. 2016 (BGBl. I S. 2082) geändert worden ist. Das genannte Gesetz wurde in seiner Ursprungsfassung bereits 1951 verabschiedet, blieb aber aufgrund der Monopolstruktur bis zur Bahnreform weitestgehend ohne Anwendungsbereich – anwendungsintensiv war demgegenüber das Bundesbahngesetz –, da es nur sehr wenige nichtstaatseigene Eisenbahnen gab, die bundesweit tätig waren, vgl. hierzu *U. Kramer*, Allgemeines Eisenbahngesetz, Einl., Rn. 1. Die komplette Neufassung folgte sodann im Zuge der Bahnreform. Nunmehr besteht daneben noch das Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) vom 29. 8. 2016 (BGBl. I S. 2082), das die regulierungstypischen Elemente des sektorenspezifischen Eisenbahnrechts in sich aufnimmt.

der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Die Eisenbahnverkehrsverwaltung ist im Grundsatz in bundeseigener Verwaltung zu führen, sofern diese Verwaltung die Eisenbahnen des Bundes betrifft. Art. 87e Abs. 1 GG führt damit für den Teilbereich der Eisenbahnverkehrsverwaltung das bereits unter der vorherigen Grundgesetzfassung (Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a. F.) angeordnete Regime der bundeseigenen Verwaltung fort und stellt insofern eine andere Bestimmung im Sinne des Art. 83 GG dar. Fachlich zuständig ist das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung. **Unzulässig nach herrschender Meinung ist die Errichtung einer mittelbaren Bundesverwaltung, da die Anordnung bundeseigener Verwaltung zugleich das Gebot bundesunmittelbarer Verwaltung enthält¹⁴⁷; zulässig soll aber die Verteilung von Aufgaben auf unselbständige Behörden des Bundes sein¹⁴⁸.** Aus der durch Art. 87e Abs. 1 GG normierten Verwaltungskompetenz folgt auch eine Wahrnehmungspflicht des Bundes.¹⁴⁹

a) Gegenstand der Eisenbahnverkehrsverwaltung

In den Worten des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei der Eisenbahnverkehrsverwaltung um „alle hoheitlichen Ordnungs- und Steuerungsaufgaben, die das Eisenbahnwesen einschließlich des Baus und des Betriebs der Eisenbahnen betreffen“.¹⁵⁰ Diese Begriffsbildung ist offen auch für die Aufnahme einer durch das Allge-

¹⁴⁷ Vgl. H. Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 27; F. Brosius-Gersdorf, DÖV 2002, 275 (279); S. Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 89; B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 3.

¹⁴⁸ Zu Recht kritisch zu den Außenstellen des Eisenbahnbundesamtes J. Wieland, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 22; a. A. die herrschende Meinung (Zulässigkeit eines eigenen Verwaltungsunterbaus): B. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87e Rn. 1; K. Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 87e Rn. 3; K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 23 sowie B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 3.

¹⁴⁹ Näher S. Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 89; vgl. auch E. Schmidt-Aßmann/Cb. Röhl, DÖV 1994, 577 (583); K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 19.

¹⁵⁰ BVerfGE 97, 198 <222> noch zu Art. 87 GG a.F., in der Sache bedeutet das jedoch keinen Unterschied, da sich der verfassungsrechtliche Gehalt der Eisenbahnverkehrsverwaltung durch das neue Eisenbahnverfassungsrecht nicht verändert hat. Zustimmung auch bei G. Hermes, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 37. In der Sache gleich: R. Uerpmann, in: v. Münch/Kunig, GG II, Art. 87e Rn. 3. Kritisch K. Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 87e

meine Eisenbahngesetz ins Werk gesetzten eisenbahnspezifischen Regulierungsverwaltung.¹⁵¹ Die Begriffsverwendung „Eisenbahnverkehrsverwaltung“ darf nicht zu dem Missverständnis verleiten, dass diese Verwaltung nicht sowohl Infrastruktur- wie auch Verkehrsdienstleistungen umfasst.¹⁵² Verwaltungsmaterie in diesem Sinne ist damit nicht nur die Ordnungs- und Planungsverwaltung klassischer Prägung, sondern vielmehr auch eine regulatorische Tätigkeit, die ihre Wurzeln im System des neuen Privatisierungsfolgenrechts im Eisenbahnsektor hat und auch von der sektorspezifischen Sicherstellungsvorschrift in Art. 87e Abs. 4 GG zu einem gewissen Maße vorausgesetzt wird.¹⁵³

Binnenorganisatorisch sind diese beiden Ausprägungen nicht bei einer Behörde vereint, sondern es erfolgt eine Trennung des Verwaltungsvollzuges zwischen Eisenbahnbundesamt und Bundesnetzagentur.¹⁵⁴ **Das ist sinnvoll, da die Bundesnetzagentur über die Zuständigkeitszuweisung auch für den Eisenbahnsektor als eine einheitliche Regulierungsbehörde auf Bundesebene ausgestaltet wird, wohingegen Planung der Infrastruktur wie Sicherheitsgewährleistung beim Eisenbahnbundesamt verortet sind.** Verwaltungsbehörde für die Eisenbahnver-

Rn. 3, der – zu Recht – betont, dass unter die Eisenbahnverkehrsverwaltung auch Instrumente des Privatrechts fallen würden. Nach dem gesetzgeberischen Willen handelt es sich insoweit um „Verwaltung im traditionellen Rechtsverständnis“ (BT-Drs. 12/5015, S. 7), vgl. auch *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 77; *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 88 sowie *B. Burger*, Zuständigkeit und Aufgaben, S. 144 f. Vgl. hierzu auch *F. Becker*, in: BK-GG, Art. 87e GG (Juni 2015), Rn. 93 ff.

¹⁵¹ Vgl. auch *H. Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 19 sowie *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 88 („infrastrukturelle Komponente“, welche aus dem „Infrastruktursicherungsauftrag[...]“ des Art. 87e Abs. 4 GG erwachse).

¹⁵² *U. Kramer*, Eisenbahninfrastuktur, S. 64 f.; *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 148; *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 87. Vgl. auch BT-Drs. 12/5015, S. 7.

¹⁵³ Vgl. auch *E. Heise*, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 77; *B. Remmert*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 1. Näher zum Verhältnis zwischen Sicherstellungsverantwortung und der Ausgestaltung des eisenbahnspezifischen Privatisierungsfolgenrechts unten Kap. 7, C.

¹⁵⁴ Vgl. §§ 2, 4 Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (BEVVG) vom 27. 12. 1993 (BGBl. I S. 2378, 2394), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 124 des Gesetzes vom 7. 8. 2013 (BGBl. I S. 3154).

kehrsverwaltung ist zum einen das Eisenbahnbundesamt mit Sitz in Bonn sowie mehreren Außenstellen bundesweit. Das Eisenbahnbundesamt ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und unterliegt dortiger Fach- und Rechtsaufsicht. Die vornehmlich regulatorischen Aufgaben des Eisenbahnrechts übernimmt demgegenüber die Bundesnetzagentur mit dem Hauptsitz in Bonn nebst aktuell 25 Außenstellen.¹⁵⁵

b) Föderale Strukturierung: Verwaltungsaufteilung zwischen Bund und Ländern

Nach der Grundregel des Art. 83 GG bleibt dort Raum für eine Eisenbahnverkehrsverwaltung der Länder, wo es nicht um die Verwaltung hinsichtlich der Eisenbahnen des Bundes geht. Das ist vor allem dann der Fall, wenn Privatbahnen oder ausländische Eisenbahnunternehmen von der deutschen Eisenbahnverwaltung betroffen sind. Über diese obligatorische Landesverwaltungskompetenz hinaus können den Ländern durch Bundesgesetz Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung als eigene Angelegenheit übertragen werden.¹⁵⁶ Über Art. 87e Abs. 2 GG besteht weiterhin die Möglichkeit, dem Bund durch Bundesgesetz solche Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung zu übertragen, die über den Bereich der Eisenbahnen des Bundes hinausgehen. Auch bei einer solchen Aufgabenübertragung ist der Bund sodann or-

¹⁵⁵ S. dazu insbesondere §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzes über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BEGTPG) vom 7. 7. 2005 (BGBl. I S. 1970, 2009), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 26. 7. 2011 (BGBl. I S. 1554); zur Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur s. J. Masing, Unabhängige Behörden, in: ders./Marcou, Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 181 (197 ff.); M. Ludwigs, Die Verwaltung 44 (2011), 41 (41 ff.), der eine Parallele zu den *Independent (Regulatory) Agencies* des US-amerikanischen Rechts sieht. Vgl. auch M. Pöcker, VerwArch 98 (2008), 380 (380 ff.) sowie K. F. Gärditz, AöR 135 (2010), 251 (275 ff.) zur Bundesnetzagentur allgemein s. H.-D. Horn, in: FS Frotscher, S. 379 (387).

¹⁵⁶ Art. 87e Abs. 1 Satz 2 GG. Zur Reichweite der Aufgabenübertragungsmöglichkeit und zur Frage, ob Art. 87e Abs. 1 Satz 2 GG auch die vollständige Übertragung der Aufgabe erlaubt vgl. J. Wieland, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 23 sowie J. Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 90 m. w. N. Im Ergebnis ist eine solche vollständige Aufgabenübertragung unzulässig, **da ansonsten keine bundesunmittelbare Verwaltung mehr zu erkennen wäre** (mit Recht daher B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2016) Rn. 4).

organisatorisch auf eine bundeseigene Verwaltung beschränkt, das gebietet ein Gleichlauf mit den Vorgaben aus Art. 87e Abs. 1 GG.¹⁵⁷ Die Regelung über die Verwaltungskompetenzen ist damit abhängig vom Schlüsselbegriff der „Eisenbahnen des Bundes“. **Das Grundgesetz steht dem Begriff eine wichtige Rolle bei der Auslegung des Eisenbahnverfassungsrechts zu.** Bereits an anderer Stelle des Grundgesetzes wird dieser Begriff verwendet und dort auch mit einer Legaldefinition hinterlegt: in Art. 73 Nr. 6a GG werden Eisenbahnen dann als Eisenbahnen des Bundes angesehen, wenn sie „ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen“. Der Verweis auf diesen „Schlüsselbegriff“¹⁵⁸ in Art. 87e GG macht sich nach zutreffender Ansicht auch die dortige Legaldefinition zu Eigen.¹⁵⁹ Von einer Eisenbahn ist bei rad- und schienengebundenen Bahnen auszugehen, wobei Straßen, Untergrund- und Bergbahnen insoweit auszunehmen sind.¹⁶⁰

Wie *Möstl* richtigerweise anmerkt, kollidiert die primär formale Unterscheidung bei den Verwaltungszuständigkeiten mit einer Verantwortungsteilung nach materiellen Maßstäben, wie sie ersichtlich der Gewährleistungsnorm des Art. 87e Abs. 4 GG

¹⁵⁷ So auch *B. Remmert*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 7. Nachweise zur Gegenauffassung finden sich bei *H. Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 35.

¹⁵⁸ Begriff von *P. Hommelhoff*/E. *Schmidt-Aßmann*, ZHR 160 (1996), 521 (525).

¹⁵⁹ Wie hier: *J. Wieland*, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 21; *H. Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 13; *B. Remmert*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 1; *F. Brosius-Gersdorf*, DÖV 2002, 275 (279); *S. Wilkens*, Wettbewerbsprinzip und Gemeinwohlorientierung, S. 38; *B. Burger*, Zuständigkeit und Aufgaben, S. 35; *J. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 87; *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 546; anders: *K. Grupp*, DVBl. 2002, 591 (593) – funktionelle Bestimmung des Begriffes; *Th. Vesting*, in: AK-GG, Art. 87e Rn. 36 – Anknüpfung an die Tradition des unitarischen Staatsbahnmodells.

¹⁶⁰ *K. Windthorst*, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 14; *B. Remmert*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 1. Umstritten ist insoweit freilich, ob auch technische Fortentwicklungen – hier wird gerne auf das Beispiel der Magnetschwebbahn zurückgegriffen – von der Kompetenzregelung umfasst sein können (bejahend insoweit *Th. Vesting*, in: AK-GG, Art. 87e Rn. 35). Zutreffender Weise ist das mit einem Verweis auf den Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 12/5015, S. 6) abzulehnen, s. nur *J. Wieland*, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 21. Offengelassen bei *B. Remmert*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 1. Möchte der verfassungsändernde Gesetzgeber insoweit eine sinnvolle Erstreckung auf neue Technologien – sofern diese dem klassischen Eisenbahnverkehr nahekommen – erreichen, ist er dazu aufgerufen, das Grundgesetz zu ändern.

zu Grunde liege.¹⁶¹ Er leitet daraus ab, dass die Ausdifferenzierung der Zuständigkeiten für die Eisenbahnverwaltung in einem nicht zu unterschätzenden Maße damit dem einfachen Gesetzgeber überantwortet sei, um ein stimmiges System der Zuständigkeitsabgrenzung im föderalen System zu entwickeln.¹⁶² Dem ist im Grundsatz zuzustimmen; die Regelung in Art. 87e Abs. 1 GG enthält hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern lediglich ein Ausgangsprogramm, das durch parlamentarisches Zusammenwirken von Bundestag und Bundesrat fortentwickelt werden muss.¹⁶³

Erfolgt eine Kapitalprivatisierung der Eisenbahnverkehrsunternehmen des Bundes mit der Konsequenz, dass ihre Eigenschaft als Eisenbahnen des Bundes entfällt, so steht es dem Bund frei über die Regelung des Art. 87e Abs. 2 GG die Verwaltungszuständigkeit wieder an sich ziehen, da der Geltungsgrund für die Aufgabenübertragung an die Länder nach Art. 87e Abs. 1 Satz 2 GG (Satz 1: „Eisenbahnverkehrsverwaltung für die Eisenbahnen des Bundes“) weggefallen ist.¹⁶⁴ Ein solches Gesetz bedarf, da es den Ländern verliehene Kompetenzen entzieht, folgerichtig der Zustimmung des Bundesrates.¹⁶⁵ Keiner Relativierung auf einfachgesetzlicher Ebene ist aber die Entscheidung für eine bundeseigene Verwaltung zugänglich, sofern die Verwaltung der Eisenbahnen des Bundes betroffen ist. Möchte der Bund hiervon Abschied nehmen, ist eine Verfassungsänderung notwendig.

III. Regionalisierung: Aufgaben- und Verantwortungsverlagerung zu den Ländern

Die Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs ist nicht allein aus Art. 87e GG zu erkennen, hierfür sind die Art. 106a sowie Art. 143a Abs. 3 GG in die Auslegung miteinzubeziehen. Zwar enthält Art. 87e Abs. 4 GG mit seiner

¹⁶¹ M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 6, 9.

¹⁶² M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 6, 9.

¹⁶³ Siehe hierzu wiederum die Möglichkeiten des Art. 87e Abs. 1 Satz 2 GG sowie Art. 87e Abs. 2 GG.

¹⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 12/5015, S. 7.

¹⁶⁵ Art. 87e Abs. 5 Satz 1 GG.

diesbezüglichen Einschränkung („soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen“) auch eine Aussage für eine Aufgaben- und Verantwortungsverlagerung zu den Ländern, deutlich wird diese aber erst durch die anderen genannten Vorschriften. Nach Art. 143a Abs. 3 Satz 1 GG ist die Erfüllung der Aufgaben im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs der bisherigen Bundeseisenbahnen bis zum 31. Dezember 1995 eine Sache des Bundes.¹⁶⁶ Diesbezüglich hat eine Aufgabenprivatisierung damit nicht stattgefunden, die Erbringung von Eisenbahndienstleistungen, die den Schienenpersonennahverkehr betreffen, ist zunächst weiterhin Aufgabe des Bundes und damit Staatsaufgabe geblieben.¹⁶⁷ In der Folge sind die Länder seit dem 1. Januar 1996 in die Aufgaben- sowie Finanzierungsverantwortung für den Schienenpersonennahverkehr, auch für denjenigen der Eisenbahnen des Bundes, eingedrückt. Diese Veränderung betrifft nur die Verkehrsangebote, hinsichtlich der Infrastruktur bleibt es bei der in Art. 87e GG niedergelegten Kompetenzverteilungsregel. Diese einfach-gesetzlicher Anordnung einer Regionalisierung wurde durch das Regionalisierungsgesetz (RegG)¹⁶⁸ ins Werk gesetzt. Die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr ist nach dem Regionalisierungsgesetz eine Aufgabe der Daseinsvorsorge.¹⁶⁹ Die Stellen, die diese Aufgabe wahrnehmen, werden durch Landesrecht bestimmt.¹⁷⁰

Von öffentlichem Personennahverkehr ist dann auszugehen, wenn die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die

¹⁶⁶ Dies gilt auch für die entsprechenden Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung, s. § 143a Abs. 3 Satz 2 GG.

¹⁶⁷ Näher unten Kap. 3, C. II. 3.

¹⁶⁸ Regionalisierungsgesetz (RegG) vom 27. 12. 1993 (BGBl. I S. 2378, 2395), s. zuletzt durch Art. 19 Abs. 23 des Gesetzes vom 23. 12. 2016 (BGBl. I S. 3234) geändert worden ist. Das Gesetz wurde als Art. 4 des ENeuOG vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen. Es ist gemäß Art. 11 Abs. 2 ENeuOG am 1.1.1996 in Kraft getreten.

¹⁶⁹ § 1 Abs. 1 RegG.

¹⁷⁰ § 1 Abs. 2 RegG.

überwiegend dazu bestimmt ist, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen, betroffen ist.¹⁷¹ Das ist im Zweifel dann der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.¹⁷² Das Gesetz enthält Vorschriften über die finanzielle Unterstützung der Länder für die Aufgabenübernahme, Finanzierungsgrundlage ist die Mineralölsteuer.¹⁷³ Diese Beträge sind in einem gewissen Umfang zweckgebunden.¹⁷⁴

IV. Liberalisierung des Eisenbahnwesens

1. Öffnung des Marktes und Abschaffung der Monopolstruktur

Wie oben gezeigt, ist die Liberalisierung des Eisenbahnmarktes in Europa eines der zentralen Anliegen eines Eisenbahnrechts der Europäischen Union, so dass dem deutschen Gesetzgeber eine völlige Negierung einer Liberalisierung von Anfang an nicht offenstand. Liberalisierung bedeutet den Aufbruch der Monopolstruktur und setzt dadurch eine Marktöffnung ins Werk, die aus einem vormaligen Monopol eine Wettbewerbsstruktur erschafft. Das Grundgesetz leitet in seinem Eisenbahnverfassungsrecht eine solche Liberalisierungsentscheidung nur an, führt sie aber nicht durch. Erst durch die einfachrechtliche Ausgestaltung des Eisenbahnrechts und verwandter Regelungsmaterien erfolgt eine Liberalisierung. Prominent ist dies einfachrechtlich in § 3 Nr. 2 ERegG¹⁷⁵ normiert, wenn dort als Ziel der Regulierung die Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten genannt werden.

Diese Systementscheidung setzt die Liberalisierungsbemühungen des Europa-

¹⁷¹ § 2 Satz 1 RegG.

¹⁷² § 2 Satz 2 RegG.

¹⁷³ Vgl. § 5 RegG. Näher *A. Benz*, Die Verwaltung 28 (1995), 337 (351).

¹⁷⁴ Vgl. § 6 RegG.

¹⁷⁵ Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) vom 29. 8. 2016 (BGBl. I S. 2082), Inkrafttreten am 2. 9. 2017.

rechts sinnvoll um und führt sie fort. Liberalisierung ist die Öffnung des Marktzuganges und die Abschaffung von Monopolen jeglicher Art. Sie ist Ausdruck einer marktakzessorischen Lösung von Dienstleistungserbringung. Zudem ist Ziel einer Liberalisierung nicht nur die Öffnung des Marktes, sondern auch eine Gestaltung des Marktes, die Diskriminierungen vermeidet und so im Grundsatz jedem (potentiellen) Marktteilnehmer die gleiche Chance auf Erfolg im Markt gibt. Eine wichtige Ausgestaltung auf der Ebene des einfachen Rechts ist der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang von Eisenbahnverkehrsunternehmen gegen den Betreiber der Eisenbahninfrastruktur; letztgenannter kann zwar Entgelte für die Benutzung seiner Infrastruktur erheben, die entsprechenden Entgelte unterliegen jedoch staatlicher Regulierung.¹⁷⁶ Hierdurch wird eine Diskriminierung auf der zweiten Ebene verhindert.

2. Wettbewerbsausrichtung der Eisenbahnverfassung?

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat, anders als in Art. 87f GG für die Post- und Telekommunikation¹⁷⁷, keine eindeutige beziehungsweise ausdrückliche Festlegung für einen „Wettbewerb auf der Schiene“¹⁷⁸ getroffen. **Aus dem geltenden Eisenbahnverfassungsrecht ergibt sich damit kein unmittelbarer Vorrang für eine Wettbewerbslösung, sondern das Verfassungsrecht überlässt diese Systemsentscheidung dem einfachen Gesetzgeber; eine Ausgestaltung als neuerliches Monopol ist aber verfassungsrechtlich unzulässig.** Auf diesem Wege getroffene Lösungen erwachsen nicht in Verfassungsrang, auch wenn sie über Jahrzehnte Anwendung finden sollten. Die Entscheidung auf einfachgesetzlicher Ebene wurde aber jedenfalls mit § 3 Nr. 2 ERegG getroffen. Demnach dient das Allgemeine Eisenbahngesetz der Gewährleistung eines sicheren Betriebs der Eisenbahn und eines attraktiven Verkehrsangebotes auf der Schiene sowie der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene bei dem Erbringen von

¹⁷⁶ §§ 18 ff. ERegG.

¹⁷⁷ BVerwGE 119, 282 <302>; s. auch BVerfGE 108, 370 <393> mit der Maßgabe, dass die Festlegung auf die Schaffung von Wettbewerb nicht bedingungslos gilt.

¹⁷⁸ R. Uerpman-Wittzack, in: FS Steiner, S. 872 (882); zur europäischen Rechtslage: ders., ZHR 2004, 576 (579 ff.); R. Ruge, AöR 131 (2006), 1 (7 ff.).

V. Eisenbahnen des Bundes

1. Von den Bundeseisenbahnen zur Deutschen Bahn AG

Die vorher in bundeseigener Verwaltung geführten Bundeseisenbahnen wurden durch die in mehreren Stufen vollzogene Bahnreform durch das Eisenbahnneuordnungsgesetz und durch das verfassungsändernde Gesetz dergestalt eine Veränderung unterzogen, dass sie **nunmehr** als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden. Das aus dem ehemaligen Sondervermögen aus Deutscher Bundesbahn und Deutscher Reichsbahn bestehende Bundeseisenbahnvermögen wurde durch die Bahnreform in einem unternehmerischen Teil sowie einen verwaltungsrechtlichen Teil geschieden. Das Bundeseisenbahnvermögen wurde durch Gesetz berechtigt sowie verpflichtet, dem neu gegründeten Wirtschaftsunternehmen aus dem Bestand des Sondervermögens alle Liegenschaften sowie sonstiges Vermögen zu übertragen, sofern dies für diese Übertragung für Erbringung von Eisdienstleistungen – Verkehr wie Infrastruktur – bahnnotwendig ist.¹⁸⁰ Der unternehmerische Teil wurde durch § 1 Abs. 1 Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG)¹⁸¹ in der Form einer Aktiengesellschaft organisiert. Nach dem gesetzgeberischen Willen wurde die Aktiengesellschaft gewählt, um den Vorstand des so entstandenen Unternehmens mit einer hohen Eigeninitiative auszustatten und die Möglichkeit unternehmensfremder Einflüsse möglichst gering zu halten.¹⁸² Die so entstandene Deutsche Bahn AG war zunächst intern in verschiedene Unternehmenssparten unterteilt, wobei diese Unternehmenssparten nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet waren.¹⁸³ Eine

¹⁷⁹ Siehe hierzu ausführlich Kap. 7, A. II.

¹⁸⁰ Vgl. §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 1, 20 ff. ENeuOG.

¹⁸¹ Deutsche Bahn Gründungsgesetz vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2386; 1994 I S. 2439), das zuletzt durch Artikel 307 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407) geändert worden ist.

¹⁸² BT-Drs. 12/4609, S. 56.

¹⁸³ So genannte zweite Stufe der Bahnreform.

Umwandlung in eigenständige Gesellschaften fand erst später statt. Diese Umwandlung hatte sodann die Herausbildung einer Konzernstruktur mit der Deutschen Bahn AG als Konzernmutter zur Folge. Im Zuge der Vorbereitungen des – später gescheiterten – Börsengangs wurden erneute verschiedene Umstrukturierungen vorgenommen, bis die heutige Konzernaufteilung entstanden war.

2. Mehrheitliche Anteilseignerschaft

Um eine Eisenbahn des Bundes handelt es sich – nach dem oben für richtig befundenen Abgrenzungskriterium aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG – nur dann, wenn dieses Eisenbahnunternehmen mehrheitlich im Anteilseigentum des Bundes steht. Diesbezüglich sind Schachtelbeteiligungen zulässig und lassen die Eigenschaft als Eisenbahnen des Bundes nicht entfallen.¹⁸⁴ Das Abgrenzungskriterium der Eigentums- beziehungsweise Anteilsverhältnisse sorgt dafür, dass es sich bei der Kompetenzzuweisung des Art. 87e Abs. 1 GG sowie der Gewährleistungsnorm des Art. 87e Abs. 4 GG um eine dynamische Verfassungsnorm handelt, deren Geltung von Tatsachen abhängt, welche nur sehr beschränkt der Steuerung des Grundgesetzes unterliegen. Hierbei sind sowohl ein Entfallen wie auch ein Wiederaufleben denkbar.¹⁸⁵ Bei den Eisenbahnen des Bundes handelt es sich nach der momentanen Ausgestaltung um die Deutsche Bahn AG nebst ihren Tochterunternehmen. Hinsichtlich der vollständigen Kapitalbeteiligung des Bundes an der Deutschen Bahn AG ist zu konstatieren, dass es sich – obwohl es sich nicht mehr um eine Verwaltungsaufgabe handelt – um eine durch das Grundgesetz selbst legitimierte unternehmerische – lies: aktienrechtliche – wirtschaftliche Betätigung des Bundes an einem von der Verfassung als Marktakteur ausgestalteten Unternehmen handelt. Insofern stellt sich nicht die Frage, ob es sich hier um eine zulässige unternehmerische Tätigkeit des Bundes handelt, die vor dem sonstigen Verfassungsrecht Bestand haben kann.

¹⁸⁴ K. Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 87e Rn. 5.

¹⁸⁵ G. Hermes, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 21.

3. Organisation in Privatrechtsform

Nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG sind die Eisenbahnen des Bundes als „Wirtschaftsunternehmen in privat-rechtlicher Form“ zu führen. Bis zur verfassungsrechtlichen Bahnreform handelte es sich bei den Bundeseisenbahnen der Rechtsform nach um nichtrechtsfähige Sondervermögen des Bundes. **Das Grundgesetz normiert die Ausrichtung als privatrechtliche organisiertes Wirtschaftsunternehmen als Pflicht**, die nicht der Disposition des einfachen Gesetzgebers oder der Exekutive unterliegt; diese Verpflichtung betrifft sowohl Verkehrs- wie Infrastrukturunternehmung.¹⁸⁶ Der in der genannten Vorschrift enthaltene Umwandlungsauftrag wurde dadurch vollzogen, dass die Deutsche Bundesbahn mit Wirkung zum 1. Januar 1994 in die Deutsche Bahn AG umgewandelt wurde.¹⁸⁷ Mit der Festlegung auf eine Organisationsform des Privatrechts geht das deutsche Verfassungsrecht dann auch über die europarechtlichen Vorgaben hinaus.¹⁸⁸ Das Grundgesetz gibt aber nicht die konkrete Gesellschaftsform vor, sondern überlässt diese Entscheidung zunächst dem einfachen Gesetzgeber und sodann den Eisenbahnunternehmen des Bundes.¹⁸⁹

4. Trennung von Netz und Betrieb

Das Eisenbahnverfassungsrecht geht auch von einer Trennung zwischen Netz und Betrieb aus und erfüllt somit europarechtliche Vorgaben. Organisatorisch ist damit das Problem des *Unbundling* angesprochen, jener europarechtlich vorgegebenen Prämisse, dass Eisenbahnunternehmen im Binnenmarkt in gewisser Weise zwischen Netz- und Verkehrsbetrieb zu trennen haben.¹⁹⁰ Mit der rechtlichen Trennung von verkehrs- und infrastrukturbezogenen Dienstleistungen werden diese Teilbereiche ei-

¹⁸⁶ F. Becker, in: BK-GG, Art. 87e GG (2015), Rn. 137, 142.

¹⁸⁷ DB-Umwandlungsgesetz, BGBl. 1993 I S. 2378, 2386.

¹⁸⁸ Nach dem Verständnis der einschlägigen Richtlinie hätten auch öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen genügt, s. Art. 3 RL 91/440/EWG i. V. m. Art. 1 Nr. 4 lit. a RL 2001/12/EG.

¹⁸⁹ F. Becker, in: BK-GG, Art. 87e GG (2015), Rn. 158; B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 10 m. w. N. auch zur anderen Ansicht.

¹⁹⁰ Dazu u. a. Ch. Koenig/M. Schellberg/K. Schreiber, WuW 2007, 981 (981 ff.).

ner dauerhaften Verselbständigung zugeführt und dem einzelnen Eisenbahnunternehmen ein jeweils eigenständiger Rechts- und Wirkungskreis zugeordnet, für diese verschiedenen Sphären tragen die Unternehmen eigenständige Verantwortung.¹⁹¹ Das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer wirft mannigfaltige Interessenskonflikte auf, die durch eine rechtliche Regulierung einer sinnvollen und rechtskonformen Lösung zugeführt werden müssen. Im Hinblick auf netzbasierte Dienstleistungen ist von der zutreffenden Erkenntnis auszugehen, dass eine Konkurrenz- und Wettbewerbssituation hinsichtlich des Netzes als solchem, selbst bei intensiven Regulierungsmaßnahmen, sich kaum einstellen dürfte. Insofern lässt sich durchaus von einem „faktischen“ oder „natürlichen“ Monopol sprechen. **Anders ist die Situation freilich im Zusammenhang mit den netzbasierten Dienstleistungen selbst: hier kann durchaus Wettbewerb bestehen, zum Beispiel durch andere, vollständige private Anbieter von Schienenpersonenfernverkehr auf dem bestehenden Netz**¹⁹². Die Trennung von Netz und Betrieb ist deswegen eine unmittelbare Voraussetzung für das Entstehen von Wettbewerb bei der Netznutzung. Wettbewerbliche Strukturen hinsichtlich des Netzes sind aufgrund des **bestehenden** natürlichen Monopols nur schwer zu realisieren, aber die Trennung von Netz und Betrieb ermöglicht es jedenfalls, die Eisenbahnverkehrsdienstleistungen dem Wettbewerb zu öffnen.

5. Führung als Wirtschaftsunternehmen

Vor Inkrafttreten der verfassungsrechtlichen Bahnreform waren die Bundeseisenbahnen – ausweislich der Regelung in § 28 BbG a. F. – *wie* ein Wirtschaftsunternehmen zu führen. Damit verbunden war eine Verpflichtung zur Gemeinwirtschaftlichkeit. Nach der Neuregelung bestimmt Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG, dass die Eisenbahnen des Bundes *als* Wirtschaftsunternehmen zu führen sind. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die Eisenbahnen des Bundes vollständig von

¹⁹¹ Vgl. hierzu auch BGHZ 158, 130 <137 f.> zu den verbundenen zivilrechtlichen Haftungsfragen.

¹⁹² Vgl. das Angebot von Flixbahn auf der Schnellfahrstrecke Erfurt – Halle a. d. Saale (<https://www.mdr.de/thueringen/flixtrain-schnellfahrstrecke-neubaustrecke-erfurt-halle-102.html>, letzter Abruf am 15. Dezember 2019).

einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu befreien.¹⁹³ Die Eisenbahnen des Bundes sind nicht länger dem Gemeinwohl verpflichtet, sondern erbringen Verkehrs- und Infrastrukturdienstleistungen am Markt. Sie sind zu gewinn- sowie wettbewerbsorientierten Wirtschaftsunternehmen geworden.¹⁹⁴ Notwendig ist eine kaufmännische Führung.¹⁹⁵ Diese Systementscheidung hat aber nicht zur Folge, dass eine Gewinnmaximierung angestrebt werden muss.¹⁹⁶

Im Zusammenhang mit einem Organstreitverfahren zu der Frage, ob der Bundestag einer Veräußerung von Vermögensgegenständen durch die Deutsche Bahn AG hätte zustimmen müssen, hatte das Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit bekommen, sich zum Verhältnis von Bund und Deutscher Bahn AG zu positionieren und aufschlussreiche Ausführungen zur Wettbewerbsverpflichtung des Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG zu treffen.¹⁹⁷ Die verfassungs-

¹⁹³ BT-Drs. 12/5015, S. 5; vgl. auch BVerwGE 126, 60 <70 f.>; H. Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 42 ff.; C. Burmeister, Der Wettbewerb der Eisenbahnen im europäischen Binnenmarkt, S. 101; E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, DÖV 1994, 577 (581); Th. Hammer, DÖV 2011, 761 (766 f.); E. Schmidt-Aßmann/P. Hommelhoff, ZHR 1996, 521 (535 f., 554 ff., 601 (604)). Anderer Ansicht: St. Storr, Der Staat als Unternehmer, S.146; J. Homeister, Öffentliche Aufgabe, Organisationsform und Rechtsbindungen, S. 71 ff.; G. Jochum, NVwZ 2005, 779 (781). Ob die Entscheidung dieser Frage davon abhängt, ob man es für möglich und vom Regelungsziel des Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG für gewollt hält, dass das Grundgesetz ein dem Staat „organisationsrechtlich zuzuordnendes Unternehmen“ vollständig von einer Gemeinwohlbindung freistellt (so B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e [2016] Rn. 12), halte ich für zweifelhaft und hinsichtlich einer allgemeinen Gemeinwohlverpflichtung durch die Grundrechtsbindung der Eisenbahnen des Bundes nach momentaner Aktionärsstruktur auch in dieser Pauschalität für nichtzutreffend. **Eine solche Feststellung erkennt, dass öffentliche Unternehmen gegenüber privaten mit einer Sonderstellung ausgestattet sind.**

¹⁹⁴ P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, ZHR 1996, 521 (532 ff.) und E. Menges, Rechtsgrundlagen, S. 97 ff.; Th. Vesting, in: AK-GG, Art. 87e (2001), Rn. 37.

¹⁹⁵ H. Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 42 ff.; K. Windtborst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 42, 45; B. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87e Rn. 4; P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, ZHR 1996, 521 (532 ff.).

¹⁹⁶ M. Fehling, Öffentlicher Verkehr, in: ders./Ruffert, Regulierungsrecht, § 10 Rn. 50 m. w. N.; zustimmend: G. Hermes, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 38; anders noch ders., in: ders./Sellner, AEG, Einf D, Rn. 18; a. A. H. Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 47.

¹⁹⁷ Es handelte sich um ein von der Fraktion Die Linke initiiertes Organstreitverfahren (2 BvE 3/08),

rechtliche Bahnreform **hat in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht** in diesem Zusammenhang zum Ziel gehabt, die organisatorische, wirtschaftliche und finanzielle Verselbständigung der Eisenbahnen des Bundes festzuschreiben, ihre kommerzielle Ausrichtung abzusichern und ihnen einen Bereich unternehmerischer Selbstbestimmung einzuräumen.¹⁹⁸ Aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot können auch Grenzen für die Ausübung der Sicherstellungsverantwortung des Art. 87e Abs. 4 GG beziehungsweise aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus entstehen. Diese Frage betrifft vor allem die Ausgestaltung von regulierenden Gesetzen, die Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten im Einzelfall, die Einwirkung auf die Deutsche Bahn AG – und ihrer Tochterunternehmen – unter Rückgriff auf die Eigentümerstellung des Bundes sowie die Regulierung der Eisenbahnen des Bundes im Einzelfall.¹⁹⁹ **Hinsichtlich der Haushaltsunabhängigkeit lässt das Bundesverfassungsgericht sich wie folgt ein:** Der von dem Bund verschiedene Haushalt der Deutsche Bahn AG sei verfassungsrechtlich legitimiert.²⁰⁰ Diese Legitimation sei zurückzuführen auf eine Entscheidung – niedergelegt in Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG – des verfassungsändernden Gesetzgebers, wonach die Eisenbahnen des Bundes als selbständige Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form zu führen seien.²⁰¹ Das Bundesverfassungsgericht stellt insoweit einen Vergleich mit der Rechtslage vor der Bahnreform an und kommt zum Ergebnis, dass es sich vor der Einfügung von Art. 87e GG bei der Deutsche Bundesbahn wie auch bei der Deutschen Reichsbahn um Sondervermögen des Bundes gehandelt habe, bei denen nach Art. 110 Abs. 1 Satz 1 GG nur die Zuführungen und Ablieferung in den Haushaltsplan

welches der Zweite Senat mit Beschluss vom 22. November 2011 als unzulässig verworfen hat (BVerfGE 129, 356). Näher zum Hintergrund des Verfahrens *E. Heise*, DVBl. 2012, 1290 (1291 f.).

¹⁹⁸ BVerfGE 129, 356 <368> unter Rückgriff auf die Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 12/5015, S. 7). Zur unternehmerischen Selbstbestimmung der Eisenbahnen des Bundes vgl. bereits *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 ff.

¹⁹⁹ Vgl. hierzu bereits jetzt *S. Wilkens*, Wettbewerbsprinzip und Gemeinwohlorientierung, 2006, passim sowie *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 105 ff.

²⁰⁰ BVerfGE 129, 356 <367>.

²⁰¹ BVerfGE 129, 356 <367 f.>.

einzustellen gewesen seien.²⁰² Die verfassungsrechtliche Bahnreform habe es aber gerade nicht zum Ziel gehabt, die – nunmehr – Eisenbahnen des Bundes weiter in die öffentliche Verwaltung einzugliedern – mit der Konsequenz ihrer Aufnahme in den Bundeshaushalt –, sondern Sinn und Zweck dieser Reform sei es gewesen, die organisatorische, wirtschaftliche und finanzielle Verselbständigung der Eisenbahnen des Bundes festzuschreiben, ihre kommerzielle Ausrichtung abzusichern und ihnen einen Bereich unternehmerischer Selbstbestimmung einzuräumen.²⁰³ Mit dieser Zielsetzung sei es unvereinbar – so die zutreffende Schlussfolgerung des erkennenden Senats – die einzelnen wirtschaftlichen Entscheidung des Unternehmens einer parlamentarischen Kontrolle zu unterwerfen.²⁰⁴ Auch aus der Gewährleistungsklausel des Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG folge nichts anderes.²⁰⁵

In dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kommt die verfassungsrechtlich vorgegebene Emanzipation der Deutschen Bahn AG gegenüber dem Bundesgesetzgeber zum Ausdruck. Die verbliebenen Rechte des Bundes sind – wie noch näher zu zeigen sein wird – keine Sonderzugriffsrechte auf das privatisierte Eisenbahnunternehmen, sondern verfassungsrechtlich abgesicherte Ermächtigungen ebendieses Unternehmen einem Regulierungsregime zu unterwerfen, dass zum einen seine Unabhängigkeit deutlich macht, aber zum anderen Ausdruck einer verbleibenden Verantwortung des Bundes für diesen Aufgabensektor ist, die mit Verfassungsrang ausgestattet wird. Es handelt sich dabei nicht um ein Paradoxon: der Staat kann Unternehmen aus seiner Verantwortung entlassen und sie mit einer verfassungsrechtlich garantierten Freiheit – als Ersatz einer grundrechtlichen Freiheit, dazu später – ausstatten; er ist aber gleichzeitig dazu in der Lage, die gleichen Unternehmen zum Vehikel seiner eigenen Verantwortungserfüllung zu machen. Sie werden in dieser Weise als *primus inter pares* herausgegriffen, weil sie in besonderer Weise dazu befähigt

²⁰² BVerfGE 129, 356 <368>.

²⁰³ BVerfGE 129, 356 <368> unter Rückgriff auf die Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 12/5015, S. 7). Zur unternehmerischen Selbstbestimmung der Eisenbahnen des Bundes vgl. bereits *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 ff.

²⁰⁴ BVerfGE 129, 356 <368>.

²⁰⁵ BVerfGE 129, 356 <368 ff.>.

sind, dem Staat bei der Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen Verantwortungszuweisung zur Seite zu stehen. Diese besondere Verpflichtung ist diejenige, die auch das Recht der Europäischen Union in seinen Wettbewerbsvorschriften anspricht.

6. Keine Pflicht zur Kapitalprivatisierung

Das Grundgesetz überlässt es den zuständigen Akteuren, ob eine Kapitalprivatisierung der Deutschen Bahn AG und ihrer Konzerntöchter durchgeführt werden soll. Eine verfassungsrechtliche Pflicht hierzu lässt sich dem Grundgesetz und auch dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht entnehmen.²⁰⁶ Im Schrifttum findet sich auch die Gegenansicht, wonach das Eisenbahnverfassungsrecht auch für eine Pflicht zur Kapitalprivatisierung streite.²⁰⁷ Abgeleitet wird dies vor allem aus der Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers zur Aufgabenprivatisierung: die Kapitalprivatisierung sei die logische Fortsetzung dieses bisherigen Privatisierungsstandes.²⁰⁸ **Überzeugend ist die fehlende Verpflichtung zu einer Kapitalprivatisierung: Das geltende Eisenbahnverfassungsrecht schreibt einen Zielzustand hinsichtlich der Eisenbahnen des Bundes fest – Unternehmen in Privatrechtsform, die nicht mehr Träger einer Staatsaufgabe sind –, verhält sich aber nicht zu einer Fortentwicklung dieses Zielzustandes.**

7. Begrenzte Kapitalmarktfähigkeit: der Schienenwegvorbehalt

Nach Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG stehen die Eisenbahnen des Bundes im Eigentum

²⁰⁶ J. Wieland, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 27; E. Schmidt-Aßmann/H.-Ch. Röhl, DÖV 1994, 577 (582); M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 110; H. Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 60; S. Wilkens, Wettbewerbsprinzip und Gemeinwohlorientierung, S. 187; J. A. Kämmerer, Privatisierung, S. 314 ff.; Ch. Gramm, Privatisierung, S. 137 f.; F. Brosius-Gersdorf, DÖV 2002, 275 (279); K. Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 87e Rn. 5; R. Uerpman-Witzack, FS Steiner, S. 872 (882); B. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87e Rn. 5; B. Remmert, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher OK GG, Art. 87e (2019) Rn. 11.

²⁰⁷ So K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 40, 45.

²⁰⁸ K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 40, 45.

des Bundes, soweit die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfasst.²⁰⁹ Flankiert wird diese Bestimmung dadurch, dass die Veräußerungen von Anteilen an den genannten Infrastrukturunternehmen nach Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG dadurch gedeckelt ist, dass die Mehrheit der Anteile an diesen Unternehmen beim Bund verbleiben muss. Das Nähere wird sodann durch Bundesgesetz geregelt.²¹⁰

²⁰⁹ Zum Stand der Netzinfrastuktur überblicksartig *H. Wendt*, Kapazitätsengpässe, S. 10 ff.

²¹⁰ Art. 87e Abs. 3 Satz 4 GG.

Zweiter Teil.
Staatliche Verantwortung

3. Kapitel: Privatisierung im Eisenbahnsektor

Im Zuge der oben vorgestellten Grundstrukturen des Eisenbahnverfassungsrechts unter dem Grundgesetz hat sich bereits in der Vorschrift des Art. 87e Abs. 4 GG gezeigt, dass der politische Kompromiss des verfassungsändernden Gesetzgebers im Zusammenhang mit dem Betrieb der Eisenbahnen des Bundes eine Sicherstellungsverantwortung des Bundes festgeschrieben hat und mit Verfassungsrang ausgestattet hat. Deutlich wurde auch, dass diese Entscheidung mit dem Privatisierungsprozess im Eisenbahnsektor eng zusammenhängt und jedenfalls nach dem politischen Willen mit diesem Prozess auch kausal verknüpft ist. Die in Art. 87e Abs. 4 GG normierte Sicherstellungsverantwortung ist Anlass dazu, zu fragen, ob eine solche Sicherstellungsverantwortung nach den allgemeinen Regeln des Verfassungsrechts auch dann festzustellen wäre, wenn eine solche Verantwortung nicht eben grundgesetzlich ausdrücklich normiert worden wäre.

Im Folgenden wird untersucht, ob es ein allgemeines Prinzip staatlicher Sicherstellungsverantwortung gibt und ob eine solche Verantwortung für den Eisenbahnsektor auch festzustellen ist. Deshalb ist es vonnöten, zunächst den *status quo* der Privatisierung im Eisenbahnsektor zu bestimmen und hierauf aufbauend eine Theorie einer allgemeinen Sicherstellungsverantwortung **für den Eisenbahnsektor** zu bestimmen. Gegenstand dieser allgemeinen Theorie wird auch das Verhältnis dieser hier als Sicherstellungsverantwortung bezeichneten Verantwortungsebene zu derjenigen der Gewährleistungsverantwortung sein. **Es wird aufzuzeigen sein, dass die Sicherstellungsverantwortung konkreter Ausdruck und Folge einer staatlichen Privatisierungsentscheidung ist, wohingegen die Gewährleistungsverantwortung sich primär aus der Gemeinwohlrelevanz einer Aufgabe speist und ihr demnach – jedenfalls bei einer isolierten Betrachtung ohne Rückgriff auf flankierende Erwägungen des grundrechtlichen Untermaßverbotes im Einzelnen – ein geringeres rechtliches Steuerungspotential zukommt als der verpflichtend ausgestalteten Sicherstellungsverantwortung.**

A. Privatisierung als Entstaatlichung

Eine erste Näherung an den Privatisierungsbegriff liegt darin – ohne einen Rückgriff auf die mannigfaltigen Typisierungen in Wissenschaft und Praxis –, dass eine Privatisierung im Grundsatz auf einer Primärebene mit einem Rückzug des Staates verbunden ist. Schlagwortartig beinhaltet die Privatisierung immer ein Moment der Entstaatlichung.²¹¹ Sofern man eine Entstaatlichung anerkennt, so ist damit zugleich mitgeteilt, dass das eigene Vorverständnis von einer hinreichend abgrenzungsscharfen Trennung von Staat und Gesellschaft verbunden ist.²¹²

Die Befassung mit „Privatisierung“ ist in Deutschland ein Phänomen des ausgehenden 20. Jahrhunderts.²¹³ Von der Politik und Staatspraxis auf die Tagesordnung gehoben, beschäftigten sich auch – notwendigerweise – die Rechts- und Staatswissenschaften mit dieser Problematik, wobei hier in den letzten Jahren vermehrt beklagt wird, dass die Rechtswissenschaft ihren Einfluss auf die Diskussion verliere. Zu betonen ist auch an dieser Stelle, dass die Entscheidung für oder gegen eine Privatisierung im Grundsatz keine rechtlich determinierte ist, sondern vielmehr eine politische.²¹⁴ Motivation für Privatisierungsprozesse ist aus der Sicht von Politik und Verwaltung häufig die schlechte Finanzausstattung der öffentlichen Hände. So verspricht man sich durch die Privatisierung eine Verringerung der staatlichen Kostenlast.²¹⁵ Aber auch gewisse Zwänge des mit Anwendungsvorrang ausgestatteten Unionsrechts

²¹¹ U. Di Fabio, JZ 1999, 585 (585).

²¹² Zur Trennung von Staat und Gesellschaft s. nur E.-W. Böckenförde, Die Bedeutung der Untersuchung von Staat und Gesellschaft in demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, S. 185 ff., ob diese Grenze wirklich zwischen Grundrechtsverpflichtetheit und Grundrechtsberechtigung verläuft, wie teilweise behauptet wird (so z. B. G. Kirchhof, AöR 132 [2007], 215 [218 m. w. N.]) kann im Rahmen dieser Untersuchung offenbleiben.

²¹³ Zu den mannigfaltigen Ideen und praktischen Anwendungsfällen von Privatisierung zu ihrer Hochzeit zu Beginn der 1990er Jahre – in diese Zeit fallen insbesondere die umfangreichen Privatisierungsmaßnahmen im Eisenbahn- bzw. Post- und Telekommunikationssektor – vgl. A. Benz, Die Verwaltung 28 (1995), 337 (343 ff.); J. A. Kämmerer, Privatisierung, S. 325 ff.; F. Schoch, DVBl. 1994, 962 (963 f.) sowie H. Bauer, VVDStRL 54 (1995), 243 (245 ff.).

²¹⁴ M. Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 67. DJT, Gutachten D, S. 10.

²¹⁵ Vgl. A. Benz, Die Verwaltung 28 (1995), 337 (341 ff.).

können eine Privatisierungsentscheidung notwendig machen oder jedenfalls als naheliegend erscheinen lassen. Gerade die Privatisierungen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationssektor können hier als Beispiele dienen.

Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Privatisierung entsprechender Staatsbetätigungen wird – ausgenommen wiederum sektorspezifischer, aber eben auch politisch determinierter Entscheidungen des verfassungsändernden Gesetzgebers – praktisch nie festzustellen sein.²¹⁶ Insofern fehlt es insbesondere an einer verfassungsrechtlich fundierten Lehre hinsichtlich einer allgemeinen Subsidiaritätserwägung.

Verwendet man den Topos von der Privatisierung ohne bestimmende oder erklärende Attribute, so verbleibt es häufig bei einem heuristischen Begriff ohne die Qualität eines subsumtionsfähigen Rechtssatzes.²¹⁷ Ihm kommt lediglich die Funktion eines Sammelbegriffs zu, der zu einer gewissen Systematisierung gleichgerichteter Fallgruppen beiträgt.²¹⁸ Die sich darin verbergenden Typen haben zwar im Grundsatz dieselbe Stoßrichtung, zeichnen sich aber im Einzelnen durch erhebliche Unterschiede aus. Trotz seiner Erwähnung in § 7 Abs. 1 BHO²¹⁹ handelt es sich nicht um einen Rechtsbegriff, da ihm die nötige normative Steuerungswirkung fehlt.²²⁰ Die genannte Norm setzt eine externe Definition voraus, liefert sie also nicht. Angesichts der mannigfaltigen Erscheinungsformen wird man konstatieren müssen, dass eine

²¹⁶ Anders wohl *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 55 ff., welcher aus den Grundrechten – insbesondere aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG – eine allgemeine Subsidiaritätslehre herleitet und im Ergebnis nur solche staatliche Betätigung zulassen möchte, die zur Grundrechtsverwirklichung notwendig sind oder die grundrechtlichen Schutzpflichten eine Betätigung erfordern. Meines Erachtens überspannt eine solche grundlegende Lösung die rechtliche Steuerungskraft der Grundrechte, die doch primär Abwehrrechte gegen den Staat sind und nicht abstraktes Lenkungsinstrument für die Zulässigkeit staatliche Betätigung, zumal hinsichtlich der Leistungsverwaltung. Ein solches Verständnis liegt zudem quer zur Idee weitgehender politischer und parlamentarischer Freiräume.

²¹⁷ Zutreffend: *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (245 ff.); vgl. auch *R. Ruge*, Gewährleistungsverantwortung des Staates, S. 134.

²¹⁸ *C. Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 27.

²¹⁹ Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2395) geändert worden ist.

²²⁰ *R. Ruge*, Gewährleistungsverantwortung, S. 134.

umfassende Definition des Begriffes auch nicht möglich ist. Schlagwortigartig – und zutreffend – liegt eine Annäherung darin, dass Privatisierung die Verlagerung von Angelegenheiten aus der Sphäre der öffentlichen Hand in den privaten Bereich bezeichnet, wobei gewisse Randunschärfen und Grauzonen notwendigerweise verbleiben.²²¹

Privatisierung geht einher mit einer Veränderung staatlicher Zuordnungen und bekommt einen eigenen Gehalt, wenn man berücksichtigt, dass die Umstrukturierung staatlicher wie auch die Wahrnehmung öffentlicher Aufgabe eng mit dem politischen Prozess verknüpft ist und gerade diese Privatisierungsprozesse als Beispiel für den Aufgabenwandel in der öffentlichen Verwaltung dienen können. Bereits hier zeigt sich, dass die Aufgabenmenge der öffentlichen Verwaltung einer Determinierung aus dem Fundus der Staatsaufgaben heraus offensteht: was der Staat als Staatsaufgabe aufgrund politischer Entscheidung für sich erkennt, das wird – im Grundfall – auch zu einer Verwaltungsaufgabe erkoren. Das liegt schlichtweg daran, dass der vornehmliche Erfüllungsmodus staatlicher Aufgaben bei der Verwaltung fundiert ist und die Umsetzung durch legislatives Tätigwerden gewissermaßen ein Spezifikum der Gewährleistungs- oder Sicherstellungsverantwortung darstellt.

B. Privatisierungstypologie

Im Laufe der vergangenen Jahrzehnte hat sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion ein gewisser Grundkonsens dahingehend herauskristallisiert, dass eine Typologie der Privatisierungserscheinungen dazu beiträgt, die mannigfaltigen Erscheinungen in der Staatspraxis für einen ersten Zugriff zu systematisieren.²²² Trotz aller Kritik an dieser Vorgehensweise soll die überkommene Typologie auch die Grundlage dieser Arbeit bilden. Unterschieden werden können folgende vier Grundtypen: Organi-

²²¹ H. Bauer, VVDStRL 54 (1995), 243 (250).

²²² Aktueller Überblick bei J. A. Kämmerer, Privatisierung, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 14 Rn. 4 ff. Zutreffend ist der Hinweis von S. Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 79, das der Zuordnung lediglich eine deskriptive Bedeutung zukomme. S. auch H. Bauer, VVDStRL 54 (1995), 243 (251). Zu einer besseren Systematisierung der Kategorisierung soll hier jedoch nicht verzichtet werden.

sationsprivatisierung, funktionale Privatisierung, Kapitalprivatisierung und Aufgabenprivatisierung.²²³ Im Grundsatz ist das Unterscheidungsmerkmal einer Privatisierung das Objekt, auf das sich die jeweilige Privatisierungsentscheidung bezieht: seien es nun die Organisation, die Aufgabe oder staatliches Vermögen beziehungsweise sonstige Rechte mit Zuordnungsgehalt.²²⁴

I. Organisationsprivatisierung, funktionale Privatisierung sowie Kapitalprivatisierung

Bei einer *Organisationsprivatisierung* – auch formelle Privatisierung genannt – wird lediglich der Träger der Staats- beziehungsweise Verwaltungsaufgabe privatisiert, also seine Organisationsform von einer öffentlich-rechtlichen in eine privatrechtliche umgewandelt.²²⁵ Der so organisationsprivatisierte Träger von Staatsaufgaben bleibt für die ihm zugewiesene Aufgabe auch weiterhin verantwortlich; Zugriffsrechte des Staates müssen abgesichert werden, um die Steuerung des Verwaltungsträger trotz Privatisierung weiterhin zu wahren. Diese Organisationsprivatisierung hat keine Auswirkungen auf die Zuordnung von dieser Organisationseinheit wahrgenommenen Aufgaben, sie ist also im Grundsatz aufgabenneutral. Solche Veränderungen der Organisationsform sind aber notwendige Vorboten einer späteren Kapitalprivatisierung, da nur privatrechtliche Organisationsformen einen Übergang von Anteilen auf Privatpersonen erlauben²²⁶.

Die *funktionale Privatisierung* ist dadurch gekennzeichnet, dass der Staat weiterhin

²²³ Der Begriff der *materiellen Privatisierung* wird in dieser Arbeit keine Verwendung finden, da sein Gebrauch in der Literatur kein einheitlicher ist. Teilweise wird er mit der Kapitalprivatisierung gleichgesetzt (s. beispielhaft *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 79), an anderer Stelle bildet er ein Synonym für die Aufgabenprivatisierung (so z. B. bei *H. Maurer*, FS Steiner, S. 528 [530]; *U. Di Fabio*, JZ 1999, 585 [588]; *J. Kübling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 33 sowie *A. Benz*, Die Verwaltung 28 (1995), 337 [347 m. Anm. 38]; wohl auch *F. Becker*, in: BK-GG, Art. 87e GG [Juni 2015], Rn. 34). Zu den verschiedenen Definitionen und weiteren Nachweise zur Definitionsverwirrung vgl. *S. Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 79 m. Anm. 76.

²²⁴ *M. Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 75 Rn. 1.

²²⁵ Zur Organisationsprivatisierung ausführlich: *P. Badura*, Privatisierung von Aufgaben der Leistungsverwaltung, in: FS Starck, S. 153 (162 ff.); *K. Stern*, DVBl. 1997, 309 (310).

²²⁶ Vgl. *H. Maurer*, FS Steiner, S. 528 (531).

die Erfüllung einer Aufgabe verantwortet – diese Aufgabe also weiterhin Staatsaufgabe bleibt –, aber sich bei der Erfüllung im Konkreten der Hilfe von Privaten bedient. Gemeinhin wird der so in die Erfüllung eingeschaltete Private als Verwaltungshelfer bezeichnet.²²⁷ Die Grundidee der funktionalen Privatisierung beruht darin, dass der Staat nicht alle Staatsaufgaben durch seine eigenen Ressourcen erfüllen kann und deswegen entweder die Beschaffung von bloßen Erfüllungshelfern notwendig wird oder – und das ist der Anwendungsbereich der Lehre von der funktionalen Privatisierung – sich der Staat einen Privaten zur Erfüllung heranzieht und sich mit diesem für eine gewisse Dauer zusammenschließt um die betroffene Aufgabe nunmehr mit fremder Hilfe erfüllen zu können.

Der Privatisierungstyp der *Kapitalprivatisierung* macht bereits seinem Begriff nach deutlich, was Gegenstand der Privatisierungsentscheidung ist: die Veräußerung staatlichen Vermögens. Darunter fallen Sachen wie auch sonstige Vermögensgegenstände (Gesellschaftsanteile etc.). Die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen steht zwar häufig im Zusammenhang mit einer Aufgabenprivatisierung, dieser Zusammenhang ist aber nicht zwingend.²²⁸ Die Kapitalprivatisierung hat isoliert betrachtet keinen unmittelbar aufgabenbezogenen Gehalt.²²⁹ Richtig ist aber auf der anderen Seite auch, dass auch die vollständige Kapitalprivatisierung eines zuvor organisationsprivatisierten Rechtssubjekts zu einer Aufgabenentledigung der öffentlichen Hand führt.²³⁰ Dies ist schlicht deshalb der Fall, weil die nunmehr mit der Aufgabe betraute Einheit keine staatliche mehr ist. Eine Aufgabenprivatisierung kann in dieser Situation nur dann vermieden werden, wenn eine andere staatliche Einheit mit der Aufgabenerledigung betraut wird. Festzuhalten ist, dass eine Aufgabenprivatisierung häufig mit der (Teil-) Kapitalprivatisierung einhergeht, das aber nicht zwingend ist.

II. Insbesondere: Aufgabenprivatisierung

Von einer Aufgabenprivatisierung spricht man schließlich dann, wenn eine Aufgabe

²²⁷ M. Burgi, Verwaltungsorganisation, in Erichsen/Ehlers, AVwR, Rn. 9 f.

²²⁸ F. Schoch, DVBl. 1994, 962 (962 f.) mit dem Hinweis auf *Steinbauer* (Anm. 13).

²²⁹ U. Di Fabio, JZ 1999, 585 (585).

²³⁰ H. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12, S. 761.

– die ursprünglich dem Staat obliegende öffentliche Aufgabe – diesem entzogen wird und so eine Öffnung für das Tätigwerden gesellschaftlicher Kräfte erfolgt.²³¹ Die Bestimmung einer Aufgabenprivatisierung und ihres Ausmaßes ist häufig nicht allein unter Rückgriff auf die Überlegungen der die Privatisierung durchführenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften möglich.²³² Seinen Ursprung hat diese Problematik unter anderem darin, dass die Aufgabenprivatisierung eng mit der Bestimmung von Staatsaufgaben verknüpft ist. Die Lehre von den Staatsaufgaben beinhaltet eine der meistdiskutierten Fragestellungen der deutschen Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts. Auch heute bestehen in den Einzelheiten immer noch große Unsicherheiten und Meinungsverschiedenheiten. Die Diskussion hat durch das vornehmlich rechtspraktische Phänomen der Privatisierung neuen Wind erhalten. Eine konsistente Bestimmung einer Aufgabenprivatisierung kommt deshalb nicht umhin, sich auch in einem gewissen Umfang mit der Bestimmung von Staatsaufgaben auseinanderzusetzen. Nur wenn klar ist, was vormals Staatsaufgabe war und wie weit diese reichte, kann nachher sinnvollerweise bestimmt werden, ob überhaupt eine Aufgabenprivatisierung vorliegt und wie weit diese reicht.

1. Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben

Die Bestimmung von Staatsaufgaben unter der Geltung des Grundgesetzes ist seit jeher ein Streitthema der Staatsrechtslehre.²³³ Auch die Begriffsverwendung ist nicht

²³¹ *Tb. Mayen*, DÖV 2001, 110 (111); *S. Eisenmenger*, Privatisierung der Justiz, S. 155.

²³² Siehe beispielhaft nur den Streitpunkt, ob in der verfassungsrechtlichen Bahnreform eine Aufgabenprivatisierung begründet liegt oder nicht.

²³³ Siehe aus jüngerer Zeit die Gegenüberstellung der verschiedenen Strömungen bei *M. Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 265 ff. Zur Unschärfe der Abgrenzung zwischen öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben siehe *M. Brenner*, Staatsaufgaben, in: *Depenheuer/Grabenwarter*, Verfassungstheorie, § 25 Rn. 2 mit dem Hinweis, dass sich gesellschaftliche und die staatliche Sphäre in vielen Fällen nicht ausschließen, sondern vielmehr von gewissen Überschneidungen auszugehen sei. Angemerkt sei, dass die Schwierigkeit der Trennung einhergeht mit der bisweilen zu beobachtenden Ausweitung des Aufgabenbegriffes auf ganze Aufgabenfelder, s. eben *Brenner* (a. a. O.), der als Beispiel für eine Überschneidung das gesamte Schulwesen heranzieht.

immer einheitlich.²³⁴ Der vorgelegten Untersuchung liegt ein formalisiertes Staatsaufgabenverständnis zu Grunde.²³⁵ Das hier vertretene formale Staatsaufgabenverständnis vermeidet eine Überlastung der Verfassung dadurch, dass es nicht versucht, sämtliche Staatsaufgaben aus dem Grundgesetz abzuleiten, sondern es in weiten Teilen dem Staat überlassen wird, welche Aufgaben er wahrnehmen möchte und welche nicht.²³⁶ Gestützt auf die grundgesetzliche Allzuständigkeit des Staates kann dieser im Grundsatz jede öffentliche Aufgabe in rechtlicher Form übernehmen, sofern diese Befassung von der Verfassung erlaubt oder gefordert wird.²³⁷ Die Bezugnahme auf die „Öffentlichkeit“ ist jedoch nicht dem Öffentlichen Recht gleichzusetzen, vielmehr ist die Frage nach dem Öffentlichen bei der Beschreibung von Aufgaben als ein Rückgriff auf Kategorien der Soziologie, wahrscheinlich auch der allgemeinen Staatslehre zu sehen.²³⁸ Die Aufgabenbefassung des Staates hat aber nicht ohne weiteres ein Betätigungsverbot für Private zur Folge, weswegen in der Diskussion zu beachten ist, dass die Staatsaufgabe nicht nur auf der Aufgabenseite genau bestimmt werden muss, sondern eine sinnvolle und rechtsdogmatisch anschlussfähige Konkretisierung immer auch das handelnde staatliche Objekt in den Blick nehmen muss.

Würde man in gegenteiliger Weise davon ausgehen, dass eine staatliche Befassung mit einer öffentlichen Aufgabe immer auch einen Ausschluss Privater zum Gegenstand, so würden die Grenzen zwischen Staatsaufgabe und Verwaltungsmonopol

²³⁴ S. nur *J. Isensee*, in: ders./Kirchhof, HStR IV, § 73 Rn. 1.

²³⁵ Ein materieller Erklärungsansatz findet sich dagegen bei *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 53 ff.; *Ch. Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 21 ff.; eine Anknüpfung an den formalen Staatsaufgabenbegriff findet sich z. B. auch bei *M. Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 67. DJT, Gutachten D, S. 14 f.; *ders.*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 75 Rn. 2 m. Anm. 8 m. w. N.

²³⁶ S. bereits *M. Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 75 Rn. 2.

²³⁷ *M. Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (228); vgl. auch *H. Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 Rn. 7; *D. Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 200; *F. Schoch*, DVBl. 1994, 962 (962). Kritisch zu dieser Annäherung *J. Hengstschläger*, VVDStRL 54 (1995), S. 166 (173).

²³⁸ Zur soziologischen Einhegung s. *J. Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, S. 16. Dort auch zur Frage, ob dem Begriff der öffentlichen Aufgabe eine Eignung als Rechtsbegriff zukommt (a. a. O., Anm. 8).

in bedenklicher Weise vermischt werden. Gerade die gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit heraus für die Implementierung und die Aufrechterhaltung eines staatlichen Monopols in Gestalt eines Verwaltungsmonopols zeigen deutlich, dass die Kür einer Staatsaufgabe zur Monopolaufgabe des Staates noch einen weiteren staatlichen Willensakt erfordert, der weitergehenden (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben unterliegt.

Die klassische Staatsaufgabenbestimmung findet sich bei *Peters*, dessen Begriffsverständnis einer Staatsaufgabe beziehungsweise in seiner Diktion einer „staatlichen Aufgabe“ – sachlich ist damit aber keine Unterscheidung verbunden – sich wie folgt darstellt: „Nur wenn der Staat eine Aufgabe unmittelbar übernimmt oder sie in mittelbarer Verwaltung durch eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts oder einen ausdrücklich mit der Übernahme beliehenen Unternehmer nach öffentlichem Recht erfüllt lässt, liegt eine staatliche Aufgabe vor.“²³⁹ In den Worten des Bundesverfassungsgerichts werden öffentliche Aufgaben dann zu staatlichen Aufgaben im Sinne des Art. 30 GG, wenn sich der Staat „in irgendeiner Form [mit ihnen] befaßt“.²⁴⁰ Wobei es einer genauen Betrachtung bedarf, ob sich der *Staat* einer solchen Aufgabe annimmt, dies ist nur dann der Fall, wenn dies durch eine dem Staat selbst zuzurechnende Organisationseinheit geschieht.²⁴¹ Dabei kommt es nicht darauf an,

²³⁹ *H. Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS Nipperdey II, 877 (880).

²⁴⁰ BVerfGE 12, 205 <243> mit der Idee der Allzuständigkeit des Staates. Im Anschluss daran: *M. Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 67. DJT, Gutachten D, S. 14 f.; *H. P. Bull*, Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 91; *H. Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11 ff. Bemerkenswert ist, dass die zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf einer grundrechtsdogmatischen Frage beruht, nämlich der Frage nach der Rolle des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland. Nimmt man grundgesetzliche Fragestellungen in den Blick, die den hiesigen Gedanken näher stehen – z. B. die Sicherung der Energieversorgung – so wird diesbezüglich teilweise bemängelt, die Begriffsverwendung des Bundesverfassungsgerichts – namentlich: öffentliche Aufgabe und Staatsaufgabe als Synonyme oder lediglich verwandte Begriffe? – sei nicht einheitlich. So unter anderem *M. Schiller*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung, S. 73 f.

²⁴¹ *M. Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 75 Rn. 12. Damit ist die Problematik angesprochen, wann es sich bei einem im Alleineigentum des Staates stehenden privatrechtlich organisierten Unternehmen – wie z. B. der Deutschen Bahn AG – um eines handelt, dass dem Staat organisatorisch zuzurechnen ist.

ob er sich öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Formen bedient.²⁴² Die Anknüpfung der Staatsaufgabe an den Begriff der öffentlichen Aufgabe ist nach hiesigem Verständnis nur logisch: Einer der zentralen Grundsätze des deutschen Verfassungsstaates unter der Geltung des Grundgesetzes lautet: kein Handeln des Staates ohne Gemeinwohlbezug.²⁴³ Dogmatisch leitet sich dieses Prinzip aus dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Verbindung zu den grundrechtlichen Gewährleistungen ab.²⁴⁴

Hieraus entsteht die Notwendigkeit einer Legitimationsgrundlage des Staates zur Handlung, er nimmt insoweit eine Stellung ein, die ihm ein Handeln nur dort erlaubt, wo gesellschaftliche Kräfte entweder nicht in der Lage sind, gemeinwohlförderlich zu handeln oder es dem staatlichen Gewaltmonopol bedarf.

Aus dem hiesigen Verständnis folgt, dass es keinen Kanon von für den Staat verpflichtenden über- oder vorkonstitutionellen Staatsaufgaben geben kann, sofern nicht die geltende Verfassung solche Aufgaben in Bezug nimmt und sie dadurch legitimiert. Die *Forsthoff'sche* Lehre von der Daseinsvorsorge hat dies demgegenüber bejaht.²⁴⁵ Ihr Grundanliegen war es gerade, dass es so genannte originäre Staatsaufgaben gibt. Staatsaufgaben also, die unabhängig von ihrer Normierung bestehen und auf die sich der Staat verpflichten lassen muss. Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob die so gefundene Konzeption eine sinnvolle ist und in der heutigen bundesrepublikanischen Zeit noch eine akzeptable Steuerung staatlichen Handelns beinhaltet so-

²⁴² BVerfGE 12, 205 <243>.

²⁴³ H. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 Rn. 20; G. F. Schuppert, GewArch 2004, 441 (441); J. Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, S. 17.

²⁴⁴ Insofern wird hier dem Begriff der öffentlichen Aufgabe durchaus eine gewisse rechtliche Steuerungswirkung zugeschrieben, zweifelnd insoweit J. Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, S. 16 m. Anm. 8.

²⁴⁵ Zur Lehre von Forsthoff vgl. H. P. Bull, Der Staat 47 (2008), 1 (2 ff.); M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. III, S. 366 ff.; G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 94 ff.; J.-Ch. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung; S. 353 ff. Vgl. hierzu auch F. Becker, in: BK-GG, Art. 87e GG (Juni 2015), Rn. 29.

wie für die hier vorgenommene Untersuchung überhaupt einen dogmatischen Mehrwert beinhaltet.²⁴⁶ Stattdessen greift die Untersuchung zur Illustration der Ausrichtung der konkreten Aufgabe auf den Begriff der öffentlichen Versorgung zurückgegriffen.²⁴⁷

Die Begriffe öffentliche Aufgabe und Staatsaufgabe decken sich nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis dahingehend, dass jede Staatsaufgabe auch eine öffentliche Aufgabe ist.²⁴⁸ Andersherum müssen öffentliche Aufgaben nicht durch den Staat wahrgenommen werden, dem Begriff der öffentlichen Aufgabe wohnt so eine Trägerneutralität inne, dem Staat kommt keine Alleinzuständigkeit zur Gemeinwohlerfüllung zu.²⁴⁹ Juristisch-dogmatisch ist dies auch aus der Erwägung heraus notwendig, dass es eine Staatsaufgabe ohne Gemeinwohlrelevanz nicht geben kann. Eben

²⁴⁶ Zur Daseinsvorsorge im Eisenbahnsektor bzw. zur Eisenbahn als Daseinsvorsorgeaufgabe: BGHSt 49, 214 <220>; M. Ronellenfitsch, DVBl. 2002, 657 (661 ff.); s. dazu auch die zutreffende Kritik bei M. Anderheiden, Gemeinwohl in Republik und Union, S. 378 f. Zur Daseinsvorsorge vgl. allgemein aus der jüngeren Zeit J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 450 ff.; M. Bullinger, JZ 2003, 597 (597 ff.); H. P. Bull, Der Staat 47 (2008), 1 (1 ff.); R. Schmidt, Der Staat 42 (2003), 225 (225 ff.); J. Kersten, Der Staat 44 (2005), 543 (543 ff.); M. Krajewski, VerwArch 99 (2008), 174 (174 ff.); W. Rißner, FS Frotcher, S. 423 (423 ff.); J.-Ch. Pielow, FS Schnapp, S. 491 (491 ff.); P. Badura, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung der Daseinsvorsorge, in: Schwarze, Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, S. 25 (25 ff.). In der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen werden Daseinsvorsorgeaufgaben seit jeher als öffentliche Aufgaben angesehen, vgl. BGHSt 12, 89 <90>; 31, 264 <268>; 45, 16 <19>; 49, 214 <220>. Von einer öffentlichen Aufgabe könne nur dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn der Hoheitsträger die Aufgabe gänzlich aus der Hand gibt und ihre Erledigung einem privaten, marktwirtschaftlichen agierenden Unternehmen überlässt, auch wenn dieses – je nach dem Gewicht einer öffentlichen Aufgabe – einer staatlichen Aufsicht unterstellt wird, s. BGHSt 49, 214 <221> mit der Anmerkung, dass mit dieser Frage die Unterscheidung zwischen Organisations- und Aufgabenprivatisierung angesprochen sei. Das wäre dann zutreffend, wenn man den Begriff der öffentlichen Aufgabe dort als Staatsaufgabe lesen würde. Zur Daseinsvorsorge im Schienenpersonenverkehr: G. Neumann, Daseinsvorsorgeaufgabe, 2015 passim.

²⁴⁷ Vgl. auch H. Butzer, Sicherstellungsauftrag, Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 3 m. Anm. 4. Zum trägerneutralen Begriff der öffentlichen Aufgabe s. N 249.

²⁴⁸ H. Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS Nipperdey II, 877 (879); W. Weiß, DVBl. 2002, 1167 (1169); J. Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, S. 17; M. Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 41 ff.; J. Isensee, in: ders./Kirchhof, HStR IV, § 73 Rn. 13.

²⁴⁹ Zur Trägerneutralität: J.-Ch. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 320 ff.; zur fehlenden Alleinzuständigkeit des Staates für die Gemeinwohlerfüllung, s. J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof, HStR IV, § 71 Rn. 11; ders., in: ders./Kirchhof, HStR IV, § 73 Rn. 12; H. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 Rn. 21; J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 450; O. Lepsius, EuGRZ 2004, 370 (379); M. Burgi, Privatisierung, in:

diese Gemeinwohlbindung illustriert der Begriff der öffentlichen Aufgabe.²⁵⁰ Bei dem Gemeinwohl oder – lediglich begrifflich anders – dem Wohl der Allgemeinheit handelt es sich nach einer zutreffenden Annäherung um ein Gemeininteresse, welches aus der Gesamtheit der privaten und öffentlichen Interessen, die in der Allgemeinheit anzutreffen sind, konstruiert wird.²⁵¹

Alleine die pluralistische Ausrichtung heutiger Demokratien macht es in vielen Fällen unmöglich, das Gemeinwohl beziehungsweise das Wohl der Allgemeinheit aus den Einzel- und Gruppeninteresse heraus autark zu bestimmen.²⁵² Gesellschaftlicher Pluralismus bildet sich aber ebenso in der Zusammensetzung demokratisch gewählter Vertretungen auf den verschiedenen Ebenen staatlicher Organisation ab, so dass der politischen und demokratisch legitimierten Konkretisierung des Wohles der Allgemeinheit im Grundsatz der Vorzug zu gewähren ist im Gegensatz zu einer eigenen Kreation des Rechtsanwenders unter einer vermeintlichen Bestimmung des Gemeinwohl aus den Einzel- und Gruppeninteressen einer Gesellschaft.²⁵³ Der Rekurs auf den Gemeinwohlbezug beziehungsweise die Gemeinwohlverpflichtung bedeutet im Ergebnis also nichts anderes, als dass eine Aufgabe im Interesse des allgemeinen Wohls stehen muss, wenn sich der Staat mit ihr befassen möchte. Die Gemeinwohlrelevanz wird so zur materiellen Grundlage einer Aufgabenentscheidung seitens der

Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 75 Rn. 12; C. Franzius, Der Staat (2003), 493 (493); allgemein: S. Baer, Verwaltungsaufgaben, in: GVwR I, § 11 Rn. 13 dort auch zur abweichenden Konzeption bzw. Begriffsverwendung des Europäischen Gerichtshofes im Hinblick auf das Unionsrecht.

²⁵⁰ S. J. Isensee, in: ders./Kirchhof, HStR IV, § 73 Rn. 12.

²⁵¹ Wolff/Bachof/Stober, Bd. 1, § 29 Rn. 15; E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 3. Kap., Rn. 76; vgl. auch G. Britz, VerwArch 91 (2000), 418 (418) sowie H. Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: FS Nipperdey II, 877 (878). Siehe zur historischen Verwurzelung des Gemeinwohls und seiner Erfüllung als Maßstab guter Regierung nur St. Albrecht, Gemeinwohl, in: Fleckner/Warne/Ziegler (Hrsg.), Handbuch der politischen Ikonographie, Bd. 1, S. 401 ff.

²⁵² G. F. Schuppert, GewArch 2004, 441 (441); R. Uerpman, Das öffentliche Interesse, S. 29 ff.; H. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 Rn. 21; M. Stolleis, Gemeinwohl, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 1061 (1062 f.); H.-D. Horn, DV 26 (1993), 545 (548 f.); B. Grzeszick, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 78 Rn. 8.

²⁵³ So zutreffend Wieland in Bezug auf die Bestimmung des „Allgemeinwohls“ als Enteignungsvoraussetzungen, s. J. Wieland, in: Dreier, GG I, Art. 14 Rn. 17.

öffentlichen Hand. Nicht zu leugnen ist freilich, dass der Rekurs auf die Öffentlichkeit in diesem Zusammenhang nur einen sehr begrenzten Steuerungsfaktor beinhaltet. Sie dient aber gleichwohl als Mindestvoraussetzung, der sich der von seinen Kompetenzen Gebrauch machende Staat nicht mit Hinweis auf seine formale Berechtigung entledigen kann. Wann und warum der Staat eine öffentliche Aufgabe zu einer staatlichen macht, beantwortet die Staatsaufgabenlehre nicht. Hierbei handelt es sich vor allem um (rechts-) politische Entscheidung, die nicht auf der Normativität des Verfassungsrechts wie auch des einfachen Rechts **beruht**, sondern hier spielen Kriterien eine Rolle, die sich vornehmlich an der Frage orientieren, ob die Ergreifung einer Staatsaufgabe sinnvoll ist oder nicht. Das Ergreifen einer Gemeinwohlaufgabe durch den Staat kann häufig genug darauf zurückgeführt werden, dass die Fähigkeit einer Gesellschaft zur Bewältigung derjenigen Aufgaben, die zur Gemeinwohlerfüllung notwendig sind, nicht immer besteht und für die Gemeinwohlverwirklichung wichtige Aufgaben überhaupt nicht oder nur unzureichend erfüllt werden.²⁵⁴

2. Staatsaufgaben als Privatisierungsgegenstand

Grundidee der Aufgabenprivatisierung ist es sodann, dass auch eine Staats- oder Verwaltungsaufgabe als solche Gegenstand einer Privatisierungsmaßnahme sein.²⁵⁵ Dabei darf jedoch nicht aus den Augen gelassen werden, dass bestimmte Staatsaufgaben in viele Teilaufgaben aufgeteilt werden können, was bisweilen für eine gewisse Begriffsverwirrung sorgt.²⁵⁶ Nach hiesigem Verständnis kann sehr wohl – anknüpfend an den hiesigen sektorspezifischen Zugriff – von einer „Staatsaufgabe Eisenbahn“ unter dem Grundgesetz in der Fassung vor der Bahnreform gesprochen werden. Im Einzelnen

²⁵⁴ H. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR I, § 12 Rn. 7, dort auch der Hinweis auf die Argumentationsfigur des Marktversagens wie auch dahingehend, dass mit einer gekorenen Staatsaufgabe nicht zwingend eine Selbsterfüllung durch den Staat einhergeht, sondern sich die Staatsaufgabe auch in der Bereitstellung einer gewissen Steuerungs- und Regulierungsstruktur erschöpfen kann. Grundlegend zum Begriff der Gewährleistungsverwaltung: A. Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), 266 (307 ff.), s. auch M. Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 74 ff. sowie F. Schoch, NVwZ 2008, 214 (245).

²⁵⁵ Vgl. auch M. Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 67. DJT, Gutachten D, S. 14.

²⁵⁶ In diese Richtung auch M. Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 67. DJT, Gutachten D, S. 15 f., der als Sammelbegriff oberhalb der Staatsaufgabe den Begriff des „Aufgabenfeldes“ einführt.

verbergen sich dahinter selbstverständlich Teilaufgaben, die auch wieder einzeln einer (Aufgaben-)Privatisierung zugänglich sind. Zu besserer Anknüpfung an die Typologie in der wissenschaftlichen Literatur wird im Folgenden dann von einer Teilaufgabenprivatisierung gesprochen. Notwendig ist eine sektorspezifische Bestimmung der Staatsaufgaben und daran anknüpfend auch der Privatisierungsentscheidungen. **Insofern ist einer Tendenz, wonach es eine Gruppe so genannter „infrastruktureller Staatsaufgaben“²⁵⁷ festzustellen ist, mit Vorsicht zu begegnen.** Denkt man diesen Zusammenhang weiter, so erzeugt man eine schwer zu fassende Aufgabenmasse, die deutlich heterogener ist – gerade hinsichtlich der Aufgabenzuordnung im Einzelnen –, als die Behandlung als Aufgabengruppe deutlich macht.

3. Aufgabenprivatisierung auch bei wirtschaftlicher Betätigung des Staates

Eine Aufgabenprivatisierung steht es im Grundsatz nicht entgegen, wenn – nach der Aufgabenentlassung durch den Staat – sich auch Unternehmen dieser Aufgabe annehmen, die im Anteilseigentum der öffentlichen Hände stehen. **Hier kann von einer vollständigen Aufgabenprivatisierung aber nur dann ausgegangen werden, wenn das öffentliche Unternehmen selbst nicht mehr verpflichtet ist, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, ihm diese Sonderbindung fehlt.** Dass der Staat als Anteilseigner dem Gemeinwohl verpflichtet ist, ändert daran nichts, da streng zwischen der Ebene der Körperschaft und der daran beteiligten Anteilseigner zu trennen ist. Öffentliches Unternehmertum ist dem deutschen Staats- und Verwaltungsrecht nicht fremd. Das mit Anwendungsvorrang ausgestaltete europäische Gemeinschaftsrecht anerkennt zudem öffentliche Unternehmen in den Mitgliedstaaten, wie Art. 106 Abs. 1 AEUV deutlich zum Ausdruck bringt. Signifikant für die Grundkonzeption jeglichen staatlichen Handelns unter der Geltung des Grundgesetzes ist die Gemeinwohlbindung, die das Rechtsstaatsgebot im Zusammenwirken mit den Grundrechten erfordert. Dieses Gemeinwohlerfordernis gilt nicht nur für die klassische hoheitliche Tätigkeit des Staates, sondern auch für (privat-) wirtschaftliches Handeln. **Dient eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hände nur fiskalischen Interessen im Sinne einer bloßen Einkommensmehrung, so ist diese Betätigung in der**

²⁵⁷ J. Stender-Vornwachs, Staatliche Verantwortung, S. 15 ff.

Regel unzulässig. Die Ausprägungen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand sind mannigfaltig, sie reichen vom Gemeindewirtschaftsrecht über die noch bestehenden Staatsunternehmen bis hin zu neuartigen Formen wie dem Finanzmarktstabilisierungsfonds.

Eine umfassende Begriffsbestimmung fällt schwer aufgrund dieses inhomogenen Befundes. Vernünftig erscheint es, von einer „wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand“ jedenfalls dann zu sprechen, wenn der Staat in Form eines öffentlichen Unternehmens handelt.²⁵⁸ Für die rechtliche Qualifikation des Begriffes des „öffentlichen Unternehmens“ ist auf die Begriffsbestimmung in Art. 2 der zu Art. 86 Abs. 1 EGV ergangenen Transparenzrichtlinie²⁵⁹ zurückzugreifen.²⁶⁰ Danach handelt es sich dabei um „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentum, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmung, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“. Entscheidendes Merkmal für eine unternehmerische Betätigung des Staates ist daran anknüpfend, dass die öffentliche Hand in eigener Regie Waren oder Dienstleistungen anbietet und dadurch zu Privaten in Konkurrenz tritt oder auf einem bestimmten Feld sogar private Anbieter komplett verdrängt.²⁶¹

4. Aufgabenwandel des Staates

Zuletzt ist festzustellen, dass eine Aufgabenprivatisierung auch immer einen Aufgabenwandel, einen Wandel in der Befassungsform zur Folge hat.²⁶² Hier ist angesprochen, dass sich der vormals handelnde Staat durch die Aufgabenprivatisierung mehrheitlich nicht aus seiner Pflicht entlassen wird – **auch wenn er solch eine fortdauernde Verpflichtung lediglich aus politischen Motiven empfindet oder auch**

²⁵⁸ W. Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 218.

²⁵⁹ Richtlinie 80/723/EWG v. 25. 6. 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. L 195, S. 35).

²⁶⁰ M. Ronellenfitsch, Wirtschaftliche Betätigung, in: HStR IV, § 98 Rdnr. 2; P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Rdnr. 237.

²⁶¹ M. Ronellenfitsch, Wirtschaftliche Betätigung, in: HStR IV, § 98 Rdnr. 2.

²⁶² J. Wieland, DV 28 (1995), 315 ff.; J. Baer, Verwaltungsaufgaben, in: GVwR I, § 11 Rn. 58.

wenn er seiner Gewährleistungsverantwortung treu bleiben möchte (eines Rückgriffs auf die hier darzustellende Sicherstellungsverpflichtung bedarf es dafür noch gar nicht) –, sondern eine, meist verwaltungsrechtlich ausgeformte, Nachsorge durch Überwachung und Regulierung betreibt. Im Zuge der rechtswissenschaftlichen Privatisierungsdiskussion wird immer wieder betont, dass der Rückzug des Staates aus der Aufgabenerfüllung im Allgemeinen und Leistungserbringung im Besonderen nicht dazu führt, dass die Aufgaben des Staates in einer Gesamtbetrachtung schwinden.²⁶³ Privatisierung führt in vielen Fällen zu einem Erstarren des Rechts, namentlich des Verwaltungsrechts, wenn im Nachgang zu Privatisierungsentscheidungen verschiedenen Akteuren der öffentlichen Hand einfach-gesetzliche Regulierungsnormen an die Hand gegeben werden, um die unerwünschten Folgen von Privatisierungen aufzufangen und die Ziele der Privatisierungsentscheidung möglichst gut umzusetzen.²⁶⁴

5. Keine Gemeinwohlverpflichtung der Privaten durch die Aufgabenprivatisierung

Sofern in diesem Zusammenhang die Rede davon ist, dass eine staatliche Erfüllungsverantwortung durch eine Aufgabenprivatisierung zu einer privaten Erfüllungsverantwortung umgewandelt wird²⁶⁵, so ist dem entgegenzutreten: das dahinterstehende Modell – Entlassung einer Aufgabenentledigung aus der staatlichen Sphäre – ist nicht kritikwürdig, jedoch die Begriffsbildung. Sie suggeriert, dass die Gesellschaft nunmehr eine Rechtspflicht hat, die Aufgabenerledigung zu besorgen. Das ist aber nicht der Fall: wird eine Aufgabe privatisiert, so bedeutet dies lediglich, dass eine vormals als Staatsaufgabe vom Staat selbst wahrgenommene Aufgabe nicht mehr von diesem ausgeführt wird. **Die Gesellschaft – insbesondere die privatwirtschaftlichen Unternehmen – widmet sich einer solche Aufgabe dann, wenn sie davon ausgeht,**

²⁶³ H. Gersdorf, JZ 2008, 831 (831).

²⁶⁴ Mit Unterschieden im Einzelnen s. hierzu J. A. Kämmerer, Privatisierung, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 14 Rn. 1.

²⁶⁵ Z. B. H. Gersdorf, JZ 2008, 831 (831).

dass mit der Aufgabenerledigung ein Gewinn erzielt wird.²⁶⁶ Privatwirtschaftliches Engagement wird also bei einer Aufgabenprivatisierung nicht durch eine staatliche Pflichtigkeit erreicht, sondern dadurch, dass die betriebswirtschaftliche Rationalität für eine unternehmerische Betätigung streitet.

C. Einordnung der verfassungsrechtlichen Bahnreform

Historischer Ausgangspunkt für die Einordnung der verfassungsrechtlichen Bahnreform in die soeben skizzierte Privatisierungstypologie ist die gesetzliche Ausgestaltung des Staatsbahnsystems vor der verfassungsrechtlichen Bahnreform.²⁶⁷ Methodisch wird ein Vorher-Nachher-Vergleich vorgenommen, der die verfassungsrechtliche Bahnreform als Wendepunkt in die Mitte nimmt und betrachtet, wie sich Organisation und Aufgabenzuordnung hierdurch verändert haben.

I. Organisationsprivatisierung

Offensichtlich ist, dass durch Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG eine Organisationsprivatisierung angeordnet worden ist.²⁶⁸ Vor der Bahnreform waren die Bundeseisenbahnen als nicht-rechtsfähige Sondervermögen des Bundes konstruiert, mit der Bahnreform traten die Eisenbahnen des Bundes an ihre Stelle. Hinsichtlich ihrer Organisationsform schreibt das Grundgesetz vor, dass selbige Unternehmungen in „privat-rechtlicher Form“ zu organisieren seien. Ein Rückgriff auf Organisationsformen des Öffentlichen Rechts wie Körperschaften oder Anstalten kommt demnach bereits verfassungsrechtlich nicht mehr in Betracht.

²⁶⁶ Ähnlich J. A. Kämmerer, Privatisierung, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 14 Rn. 94.

²⁶⁷ An dieser Stelle ist ein Rückgriff auf die historische Entwicklung des Eisenbahnwesens seit den Anfangsjahren dieser Technologie nicht notwendig. Ausreichend ist der angesprochene Vorher-Nachher-Vergleich. Zur Rechtsgeschichte der Eisenbahn in Deutschland s. ausführlich E. Heise, Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung, S. 40 ff.; S. Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 29 ff.; U. Kramer, Recht der Eisenbahninfrastruktur, S. 21 ff. (hins. der Infrastruktur).

²⁶⁸ Allgemeine Ansicht, s. nur beispielhaft P. Badura, FS Großfeld, S. 35 (35).

II. Aufgabenprivatisierung

1. Aufgabenentlassung: Eisenbahndienstleistungen als marktgängiges Gut

Unter der Geltung von Art. 87 GG a. F. handelte es sich bei der Bundesbahn um ein janusköpfiges Konstrukt. Sie vereinte die Tätigkeiten eines Verwaltungsorgans wie eines Wirtschaftsunternehmens unter einem Dach, diese Doppelnatur wurde jedoch durch die verfassungsrechtliche Bahnreform beendet.²⁶⁹ Durch Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG wird eine Aufgabenprivatisierung dergestalt normiert, als dass die Erbringung von Eisenbahndienstleistungen keine Staatsaufgabe mehr ist; selbst erkorener Aufgabenträger ist die Gesellschaft.²⁷⁰ Die Erbringung von Eisenbahndienstleistungen ist ein Wirtschaftsgut, das nach den Regeln der Marktwirtschaft erbracht wird.²⁷¹ Eisenbahndienstleistungen werden nicht mehr als Verwaltungsleistung erbracht, sondern sind privatwirtschaftlichen Zweckrationalitäten unterworfen worden.²⁷² Im Falle einer Aufgabenprivatisierung werden die Aufgaben von der Staatsaufgabe zu einer Aufgabe der Gesellschaft modifiziert. Damit ist aber noch keine Aussage dahingehend getroffen, dass die so überantwortete Aufgabe auch ihre Gemeinwohlrelevanz verliert. Die Staatsaufgabe bleibt nach der Aufgabenprivatisierung eine öffentliche Aufgabe. Praktisch bedeutsam wird die eingeführte Differenzierung im Falle der uns interessierenden Eisenbahndienstleistungen.²⁷³ Das Erbringen von Eisenbahndienst-

²⁶⁹ J. A. Kämmerer, Privatisierung, S. 293.

²⁷⁰ A. A. wohl J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 545 ff.

²⁷¹ E. Schmidt-Aßmann/ H.-Ch. Röhl, DÖV 1994, 577 (581); M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 23; P. Badura, Die Verfassungsgarantie und der Staatsvorbehalt für das Schienennetz der Eisenbahnen des Bundes, in: FS Rengeling, S. 3 (6); R. Ruge, AöR 131 (2006), 1 (12).

²⁷² P. Badura, Die Verfassungsgarantie und der Staatsvorbehalt für das Schienennetz der Eisenbahnen des Bundes, in: FS Rengeling, S. 3 (6); M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2006), Rn. 523; M. Brenner, Staatsaufgaben, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, § 25 Rn. 27; anders: Ch. Heinze, BayVBl. 1994, 266 (269), wenn dieser davon ausgeht, dass es sich bei der Betätigung der Deutschen Bahn AG um eine Verwaltung in Privatrechtsform handeln würde.

²⁷³ Hierzu und zum Nachstehenden s. bereits Th. Hammer, DÖV 2011, 761 (766 f.).

leistungen bleibt eine öffentliche Aufgabe mit Gemeinwohlrelevanz, verliert aber ihren Charakter als Staatsaufgabe.²⁷⁴ Diese Trennung ist zwingend und dient der besseren Systematisierung und Durchdringung des Systems der Privatisierungsentscheidungen im Eisenbahnverfassungsrecht.

2. Keine Gemeinwohlgebundenheit der Eisenbahnen des Bundes

Durch die verfassungsrechtliche Bahnreform wurden die vormalig als Staatsbahn organisierte Deutsche Bundesbahn sowie die Deutsche Reichsbahn einer Teilaufgabenprivatisierung zugeführt.²⁷⁵ Ehemals in die öffentliche Hand unmittelbar eingegliedert Träger staatlicher Leistungsverwaltung wurden so zu am Markt tätigen Wirtschaftsunternehmen in der privatrechtlichen Rechtsform der Aktiengesellschaft. Die Schaffung eines Marktes für Eisenbahndienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland ist Folge einer Teilaufgabenprivatisierung: als Staatsbahn waren Verwaltung und Leistungserbringung unter einem Dach vereinbar, nunmehr verbleibt nur noch die Verwaltung unter staatlicher Ägide, die Leistungserbringung bleibt zwar öffentliche Aufgabe, wird aber ihrer Staatlichkeit beraubt.²⁷⁶ Die Erbringung von Eisenbahndienstleistungen ist in Deutschland für den Bund - im deutlichen Gegensatz zur Länderebene - keine Staatsaufgabe mehr, sondern ist im Grundsatz den freien Marktkräften überlassen.²⁷⁷ An diesem so geschaffenen Markt nehmen auch die Eisenbahnen des Bundes in Gestalt der Deutschen Bahn AG und ihrer konzernange-

²⁷⁴ Dazu, dass es sich bei der Erbringung von Eisenbahndienstleistungen um eine öffentliche Aufgabe handelt vgl. E. Schmidt-Aßmann/H. Ch. Röhl, DÖV 1994, 577 (582); F. Brosius-Gersdorf, DÖV 2002, 275 (279 f.); P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, ZHR 160 (1996), 521 (537); J. Wieland, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 8. Sofern der BGH in Strafsachen im Hinblick auf Eisenbahnverkehr und -infrastruktur von einer öffentlichen Aufgabe spricht, so meint er nicht die öffentliche Aufgabe im hiesigen Sinne, sondern nimmt den Begriff der Staatsaufgabe in den Blick. Seine Bezugnahmen auf die eben zitierte Literatur können demnach nicht überzeugen.

²⁷⁵ Vgl. H. Gersdorf, JZ 2008, 831 (832).

²⁷⁶ Anders wohl R. Arnold, FS Hablitzel, S. 33 (36), der hinsichtlich des Schienenpersonenfernverkehrs von einer „essentiellen Staatsaufgabe“ spricht.

²⁷⁷ Allgemeine Meinung, s. nur Th. Vesting, in: AK-GG, Art. 87e Rn. 37; R. Ruge, AöR 131 (2006), 1 (12).

hörigen Unternehmen teil, die nach der Bahnreform von einer besonderen Gemeinwohlbindung freigestellt sind.²⁷⁸

An diesem Befund ändert sich auch im Grundsatz dadurch nichts, dass Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG dem Bund eine Sicherstellungsverpflichtung, mithin eine Gemeinwohlaufgabe auferlegt. Diese ist zwar verfassungsrechtlich verpflichtende Staatsaufgabe für den Bund, hat aber keinen Einfluss auf die Gestalt der Leistungserbringung als Wirtschaftsgut.²⁷⁹ Die Rückbindung an die Gemeinwohlinteressen durch Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG ist nicht an die Eisenbahnen des Bundes selbst gerichtet, vielmehr ist der Bund ausschließlicher Adressat dieser Sicherstellungspflicht.²⁸⁰ Nicht bestritten wird durch diese Annahmen, dass die Erbringung von Eisenbahndienstleistungen dennoch, hieran ändert die beschriebene Aufgabenprivatisierung nichts, weiterhin im Interesse der Allgemeinheit steht und ihr demgemäß eine Gemeinwohlfunktion inne wohnt.²⁸¹ Es handelt sich um eine Tätigkeit, die der öffentlichen Versorgung zuzurechnen ist. In der oben für richtig befundenen Diktion handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe, nicht aber um eine Staatsaufgabe.

Zu unterscheiden ist zwischen der Gemeinwohlrelevanz der Tätigkeit als solcher und der Gemeinwohlbindung des agierenden Objekts. Gemeinwohlrelevanz ist eine Kategorie, die sich auf die Aufgabe als solche bezieht und zunächst nicht die Frage danach stellt, wer denn nun diese Aufgaben erfüllen muss. Bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch nicht staatliche Akteure zeigt sich der Wert der Unterscheidung. Diese Aufgabe wird jedoch durch in den Formen des Privatrechts organisierte Unternehmen erbracht, die – selbst im Falle der Eisenbahnen des Bundes, siehe Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG – keinerlei Gemeinwohlbindung unterliegen. *Storr* hingegen geht davon aus, dass in der Formulierung „werden als Wirtschaftsunternehmen geführt“ nicht die Gemeinwohlfreiheit der Eisenbahnen des Bundes zum Ausdruck

²⁷⁸ Vgl. dazu bereits *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 (766); zustimmend: *F. Becker*, in: BK-GG, Art. 87e GG (Juni 2015), Rn. 170 m. Anm. 249.

²⁷⁹ S. hierzu bereits *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 (766).

²⁸⁰ S. dazu auch N 279 sowie *J. Wieland*, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 32.

²⁸¹ Bei einer Aufgabenprivatisierung wird eine Aufgabe aus der Staatlichkeit, nicht notwendig aber zugleich aus der Öffentlichkeit entlassen, siehe *M. Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (229 m. Anm. 35). Vgl. auch *J. Burmeister*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 283 (321 f.).

komme, zumal der Bund als alleiniger Eigentümer stets dem Gemeinwohl verpflichtet sei²⁸². Diese Auffassung ist aus zweierlei Gründen angreifbar. Zum einen wurde bereits oben gezeigt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Erbringung von Eisenbahndienstleistungen nicht mehr als Staatsaufgabe angesehen hat. Zum anderen vermengen *Storrs* Ausführungen in unzulässiger Weise die Ebene des Unternehmens mit der derjenigen der Anteilseigner.

Gemeinwohlgebunden ist der Bund selbst als Adressat der Gewährleistungsverantwortung nach Art. 87e Abs. 4 GG in seiner Eigenschaft als Aktionär. Verbleibende Staatsaufgabe, neben der Eisenbahnverkehrsverwaltung, ist die Inhaberschaft an den Unternehmensaktien. Für die Lehre von der Zulässigkeit des öffentlichen Unternehmertums bedeutet dies, dass es sich jedenfalls um ein öffentliches Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV handelt, denn hierfür ist eine Gemeinwohlbindung nicht vonnöten, wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt. Die Unternehmen entscheiden selbst ständig über das Dienstleistungsangebot und dessen Finanzierung, soweit nicht das Gesetz in Bindungen festlegt und Aufsichtsrechte über die Regulierungsbefugnis des Staates begründet hat. Die Infrastrukturgewährleistung ist auf diese Grundentscheidung bezogen; **sie kann nicht den Sinn haben, die Grundentscheidung für den Übergang zur privatwirtschaftlichen, im Wettbewerb erbrachten Dienstleistung zu relativieren.**²⁸³ Es handelt sich im Übrigen um den Sonderfall einer verfassungsrechtlich legitimierten wirtschaftlichen Betätigung des Bundes.²⁸⁴

3. Gegenstand der Aufgabenprivatisierung

Betrachtet man die Aufgabenprivatisierung genauer, so handelt es sich – bezogen auf den Zustand vor der verfassungsrechtlichen Bahnreform – lediglich um eine Teilaufgabenprivatisierung. Diese Beobachtung hat ihren Grund darin, dass Teile der damaligen Staatsaufgabe weiterhin Staatsaufgabe geblieben sind. Namentlich handelt es

²⁸² *St. Storrs*, Staat als Unternehmer, S. 146.

²⁸³ *P. Badura*, FS Großfeld, S. 35 (37).

²⁸⁴ Wie hier bereits *S. Pommer*, Bahnreform und Enteignung, S. 89 f.

sich um die Erbringung des Schienenpersonennahverkehrs. Gegenstand der Aufgabenprivatisierung sind damit der Schienenpersonenfernverkehr und die Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur für einen Eisenbahnbetrieb in der Bundesrepublik.

4. Folge: Betätigungsverbot des Bundes

Resultat der Aufgabenprivatisierung ist weiterhin ein Verbot der unternehmerischen Betätigung des Bundes in direkter Manier. Zulässig ist allein die Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen, das solche Eisenbahndienstleistungen anbietet. Der Bund kann selbst keine Eisenbahndienstleistungen mehr erbringen, insbesondere ist die Erbringung von Dienstleistungen nicht Teil der Verwaltungskompetenz aus Art. 87e Abs. 1 GG.²⁸⁵ Es besteht demnach keine Verkehrsbedienungspflicht des Bundes mehr.²⁸⁶ Damit ist es nicht in Einklang zu bringen, wenn gelegentlich davon ausgegangen wird, dass bei einem Fehlen eines entsprechenden privaten Angebotes eine eigene Erbringungsverantwortung des Bundes bestehen beziehungsweise wiederaufleben soll.²⁸⁷ Hierzu müsste das Grundgesetz entsprechend geändert werden.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass – trotz der normierten Sicherstellungsverantwortung des Art. 87e Abs. 4 GG – nicht von einer Gemeinwohlgebundenheit der Eisenbahnen des Bundes ausgegangen werden kann. Hieran ändert auch nichts, dass die Verwaltung als solche immer einer Gemeinwohlgebundenheit unterliegt.²⁸⁸ Bei der wirtschaftlichen Betätigung der Eisenbahnen des Bundes – obwohl es sich bei ihnen noch um reine Unternehmensbeteiligungen des Bundes handelt – kann schlechterdings nicht von einer Betätigung in der Form einer Verwaltung gesprochen

²⁸⁵ M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 148; B. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87e Rn. 1, s. auch P. Hommelhoff/E. Schmidt-Aßmann, ZHR 1996, 521 (525); J. Kübling, Sektorspezifische Regulierung, S. 560.

²⁸⁶ K. Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 87e Rn. 2.

²⁸⁷ R. Uerpman-Witzack, Verkehr, in: HStR IV, § 89 Rn. 47; M. Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 285.

²⁸⁸ M. Potacs, VVDStRL 69 (2009), 254 (258).

werden, eine solche Betrachtung liegt quer zu der durchgeführten Aufgabenprivatisierung.²⁸⁹ Demgegenüber ist aber von einer Gemeinwohlbindung des Bundes auszugehen: zwar betätigt sich der Bund im Hinblick auf den Eisenbahnsektor nicht selbst – in seiner Eigenschaft als Körperschaft – selbst, aber durch die vollständige Kapitalbeteiligung an einer Aktiengesellschaft kann ohne weiteres von einer unternehmerischen Betätigung ausgegangen werden, welche – trotz des zwischengeschalteten Aktiengesellschaft – einer weiterhin bestehenden Gemeinwohlbindung des Bundes, nunmehr als Aktionär, nicht entgegensteht.²⁹⁰ Eine Beteiligung öffentlicher Unternehmen an der Erbringung von Eisenbahndienstleistungen wurde durch die verfassungsrechtliche Bahnreform nicht ausgeschlossen, sondern das Grundgesetz setzt eine solche Beteiligung in Art. 87e GG gerade voraus.²⁹¹

IV. Kapitalprivatisierung

Die öffentliche Diskussion und die dort verwandten Begriffe täuschen häufig genug über das dahinterstehende (juristische) Problem hinweg. Diese Entwicklung lässt sich gut am Beispiel der Privatisierung der vormaligen Bundeseisenbahnen aufzeigen. Ist die Rede von der „Bahnprivatisierung“ so meint Volkes Stimme nicht die staatspraktischen Phänomene die unter I. und II. mit der Organisations- und Aufgabenprivatisierung beschrieben worden sind.²⁹² Die Erörterungen ranken sich fast ausschließlich um die „Veräußerung des Tafelsilbers“, den Börsengang der Deutsche Bahn AG. Juristisch-dogmatisch handelt es sich hierbei um eine bloße Kapitalprivatisierung: der Bund veräußert die Gesellschaftsanteile an dem Konzern oder an bestimmten konzernzugehörigen Unternehmen, um die Gewinne für sich zu verbuchen. Eine Kapitalprivatisierung – in Gestalt eines Börsenganges der Deutschen Bahn AG oder eines ihrer Tochterunternehmen – der Eisenbahnen des Bundes ist jedoch bislang nicht festzustellen. Zwar gab es vor wenigen Jahren einen dahingehenden Willen für eine

²⁸⁹ Vgl. auch bereits *P. Badura*, FS Großfeld, S. 35 (35).

²⁹⁰ *J. Wieland*, in: Dreier, GG III, Art. 87e Rn. 31 m. w. N.

²⁹¹ S. dazu auch *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 33.

²⁹² Vgl. dazu auch *J. Hengstschläger*, VVDStRL 54 (1995), S. 166 (171).

Kapitalprivatisierung und es waren etliche Vorarbeiten, eingeschlossen **die** Diskussion verschiedener Privatisierungsmodelle, bereits getan.

Der geplante Börsengang fiel jedoch in die Zeit eines schwierigen Marktumfeldes, so dass die bereits mit einem festen Termin angekündigte Ausgabe von Unternehmensaktien der DB Mobility Logistics AG kurzfristig abgesagt werden musste. Begrenzt wird die Möglichkeit der Kapitalprivatisierung durch den so genannten Schienenwegvorbehalt des Art. 87e Abs. 3 Satz 3 GG, wonach die Mehrheit der Anteile an Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Eigentum des Bundes verbleiben muss. Mit dieser Vorschrift sind zahlreiche Auslegungsprobleme im Einzelnen verbunden, die im hier interessierenden Zusammenhang jedoch keiner Erörterung bedürfen.²⁹³ Voraussetzungsvoll ist aber die Frage, ob außerhalb des Infrastrukturbereichs, das heißt im Bereich der Verkehrsdienstleistungen, eine Privatisierung der Eisenbahnen des Bundes wirklich schrankenlos zulässig ist: Das Fehlen einer ausdrücklichen Privatisierungsschranke in Abs. 3 mag dies nahe legen; **Abs. 4 indes wirft die Frage auf, ob sich der Bund seines hier statuierten Gewährleistungsauftrags in Bezug (auch) auf das Verkehrsangebot der Eisenbahnen des Bundes in voraussetzungsloser Weise dadurch entledigen darf, dass er die Mehrheitsanteile an seinem Unternehmen veräußert und dadurch den Geltungsgrund des Gewährleistungsauftrags aus Art. 87e Abs. 4 entfallen lässt.**²⁹⁴

²⁹³ M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 11.

²⁹⁴ M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 11.

4. Kapitel: Verantwortung als Beschreibung verbleibender staatlicher Bindungen

A. Prolog: Verantwortungsbegriffe

Bereits im Zuge der Einleitung und Themenstellung der Arbeit wurde angedeutet, dass die hier zu entwickelnde Verantwortungskonzeption zwar in einem gewissen Maße auf die bekannten und auch in weiten Teilen bewährten Verantwortungsbegriffe und Verantwortungszuschreibungen Bezug nimmt, aber den Begriff der Privatisierungsfolgenverantwortung anders einhegt und begrifflich differenziert fasst. Es wird bewusst kein Versuch unternommen, den Begriff der Gewährleistungsverantwortung einer grundlegenden Neuakzentuierung zu unterziehen. Ein solcher Versuch hätte zur Folge, dass Begriffsunsicherheiten und Begriffsverwirrung entstehen können. Grundidee der Arbeit ist es vielmehr, dass die Gewährleistungsverantwortung des Staates eng mit der Theorie der Staatsaufgaben verknüpft und diese Chiffre dazu dient, das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben näher zu beschreiben und ausdifferenzieren.²⁹⁵

So bestimmt die Literatur - ganz zutreffend - die Gewährleistungsverantwortung häufig als diejenige Verantwortung, die „der Verwaltung bleibende Verantwortung zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung in allen Konstellationen, in denen Private eine öffentliche Aufgabe ganz oder teilweise erfüllen“²⁹⁶. Gewährleistungsverantwortung beschreibt demnach keine den Staat treffende Verantwortlichkeit in einem zwingend einklagbaren Sinne, sondern man versteht erst dann ihren Sinn, wenn man die Aufgabenerfüllung als Ganze betrachtet. Wird eine öffentliche Aufgabe nicht vom Staat selbst erfüllt, sondern nehmen sich ihrer gesellschaftlichen Kräfte an, so verbleibt dem Staat aus einer vornehmlichen verwaltungswissenschaftlichen Perspektive **mit geringem rechtlichen Regulierungsgehalt** heraus ebendiese Gewährleistungsverantwortung. Er überwacht und gewährleistet,

²⁹⁵ In diese Richtung auch J. H. Klement, Verantwortung, S. 55.

²⁹⁶ H. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 12, S. 761; s. auch F. Schoch, NVwZ 2008, 241 (244).

erfüllt aber nicht selbst.

B. Verantwortung

Als Zuschreibungsbegriff wird in dieser Arbeit ebenfalls der Begriff der Verantwortung verwendet. Der Begriff der Verantwortung wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion an vielerlei Stellen verwendet, jedoch häufig genug erfährt eine Einschränkung, dahingehend, dass dem Begriff kein unmittelbarer dogmatischer Gehalt innewohnt, sondern er vielmehr lediglich „heuristisch“ sei.²⁹⁷ Insbesondere in der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft wird der Begriff prominent verwendet. Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft zeichnet sich maßgeblich dadurch aus, dass gewisse Veränderungen in der methodologischen Anwendung des Rechts und besonders des Verwaltungsrechts **allein** unter diesem Schlagwort gebündelt werden. Ein Hauptcharakteristikum dieser Lehre ist die vermehrte Anwendung von Schlüsselbegriffen und Leitbildern zur Systematisierung und Differenzierung der steuerungsbezogenen Anwendungen des (Verwaltungs-) Rechts.²⁹⁸ **Diese Leitbilder sind in gewissen Bereichen nicht mehr trennscharf von ähnlichen oder sogar fast deckungsgleichen Rechtsbegriffen zu unterscheiden.**²⁹⁹ Im Rahmen der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Privatisierungsdebatte – die eng verknüpft ist mit derjenigen zur Überforderung des Staates³⁰⁰ – ist der Begriff der Verantwortung prägend, wenn um Zuschreibung von Befassungen mit einem Themenkreis durch verschiedene Akteure gehen.³⁰¹ Der Begriff erlaube eine „differenziertere Betrachtung [...] als derjenige der staatlichen Aufgabe“.³⁰² Ist sodann **eine Betrachtung** differenzierter

²⁹⁷ Zutreffende Beobachtung bei J. H. Klement, Verantwortung, S. 46 mit umfangreichem Verweisen in den Anm. 43 und 44 auf Autoren, die sich dergestalt geäußert haben. Dort auch zum richtigen Begriffsverständnis hinsichtlich des Attributs „heuristisch“, a. a. O., S. 46 ff.

²⁹⁸ F. Schoch, NVwZ 2008, 241 (241).

²⁹⁹ F. Schoch, NVwZ 2008, 241 (241) mit dem Hinweis auf die „gute Verwaltung“, nunmehr als „Recht auf gute Verwaltung“ Teil der EU-Grundrechtscharta (dort Art. 41).

³⁰⁰ H. Butzer, Sicherstellungsauftrag, Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 4 f. m. zahlreichen w. N.

³⁰¹ Diesen Wert und die staatliche Verantwortungs idee grundsätzlich bestreitend: Th. Vesting, in: AK-GG, Art. 87e Rn. 22 u. 25.

³⁰² R. Uerpman, Öffentliches Interesse, S. 33.

auf eine bestimmte Sachmaterie notwendig, wird auf den Begriff der Verantwortungsteilung rückgegriffen, der im Wesentlichen dazu dient, verschiedene Formen des Zusammenwirkens von staatlichen und privaten zu beschreiben oder umschreiben.³⁰³

C. Die klassische Typologie der Verantwortungsstufen

I. Stand in der Literatur

Klement stellt zutreffend fest, dass sich in der Diskussion um die Verantwortungsteilung beziehungsweise um die Stufenfolge der Verantwortungen die Dreiteilung von *Wolfgang Hoffmann-Riem* weitestgehend durchgesetzt habe und am häufigsten rezipiert wird.³⁰⁴ Demnach ist zwischen Erfüllungsverantwortung, Gewährleistungsverantwortung und Auffangverantwortung zu trennen.³⁰⁵

II. Insbesondere: Gewährleistungsverantwortung

Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung³⁰⁶ ist - um im Sprachgebrauch der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft zu bleiben – ein Schlüsselbegriff, der nicht per se juristische Distinktion besitzt, welcher aber im Bereich des Privatisierungsfolgenrechts diejenige Verantwortung des Staates zutreffend umschreibt, die entstehen kann, wenn die Erfüllung einer Aufgabe aus der staatlichen Sphäre in die gesellschaftliche Sphäre entlassen wird. Verantwortlich für das Entstehen einer solchen Verantwortung und die Maßstäbe, die zur ihrer Erfüllung angelegt werden müssen, sind im

³⁰³ J. H. *Klement*, Verantwortung, S. 55.

³⁰⁴ J. H. *Klement*, Verantwortung, S. 60 mit dem Hinweis darauf, dass es sich um eine „einfache und prägnante“ Dreiteilung handele. Aufnahme der Konzeption Hoffmann-Riems u. a. bei: F. *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (244).

³⁰⁵ W. *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel, S. 47 (52 ff.); anknüpfend an seine Vorarbeiten in *ders.*, Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Aßmann/*ders.*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 355 (362 ff.); *ders.*, DÖV 1997, 433 (441 f.) sowie *ders.*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in: *ders.*/Schneider, Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, S. 9 (22 ff.). Dazu J. H. *Klement*, Verantwortung, S. 60.

³⁰⁶ Zum Begriffsteil „Gewährleistung“ als mittlerweile bereits typischer Suffix im deutschen Recht s. C. *Franzjusz*, Gewährleistung im Recht, S. 6 ff.

geschriebenen oder ungeschriebenen Recht zu finden. Die Gewährleistungsverantwortung bündelt die so gewonnenen Erkenntnisse unter einem Topos, der dazu dient, ebendiese Erkenntnisse für eine übergreifende Diskussion fruchtbar zu machen.

Das so gebildete Schlagwort hat den Vorteil der Verständlichkeit und Systembildung. Der Nachteil der Verkürzung von Zusammenhängen und dogmatischen Hintergründen ist hinnehmbar, wenn dem Rechtsanwender klar ist, dass die Verwendung des Schlüsselbegriffes nicht vor der juristischen Kärnerarbeit entbindet. Mit anderen Worten: erst muss untersucht werden, ob die Aufgabenprivatisierung eine solche Verantwortung entsteht lässt und wie eine solche strukturiert ist. Erst dann kann mit dem Schlüsselbegriff gearbeitet werden, um ebendiese Verantwortung einer übergreifenden Strukturierung zuzuführen. Deutlich ist, dass die vorliegende Untersuchung dem Begriff der Gewährleistungsverantwortung anders konnotiert als das Gros bisherigen Arbeiten zu diesem Thema. Auch das spricht jedoch nicht gegen die Verwendung des Begriffes auch im hier zu Grunde gelegten Kontext. Die Schaffung eines neuen Begriffes wäre mit Identifikation- und Systematisierungsverlusten verbunden, die nicht hingenommen werden können. Grundidee der Gewährleistungsverantwortung mit ihrem staatstheoretischen Ansatzpunkt im Gewährleistungsstaat³⁰⁷ ist es, dass die vormals lediglich bipolare Leistungsbeziehung zwischen staatlichem Leistungserbringer und privatem Nutzer in eine Dreiecksbeziehung umgewandelt wird.³⁰⁸

Im Gegensatz zur früheren Leistungserbringung des Staates zieht sich dieser nach der Konzeption der Gewährleistungsverantwortung auf eine Stellung als Regulierer privater Betätigungen im entsprechenden Sektor zurück, er gewährleistet gleichsam nur noch eine angemessene Versorgung der privaten Nutzer durch die Freiheitsbetätigung privatwirtschaftlicher Unternehmen.³⁰⁹ Ausgehend von der gefestigten Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft wie des Verhältnisses der beiden

³⁰⁷ M. Ruffert, AöR 134 (2009), 197 (204 f.). Zu ideologisch-politischen und wissenschaftlichen Grundlagen s. u. a. M. Knauff, Gewährleistungsstaat, S. 60 ff.

³⁰⁸ Ch. Möllers, Materiellrechtliche Bindungen unabhängiger Regulierungsbehörden, in: Masing/Marcou, Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 231 (239).

³⁰⁹ Vgl. Ch. Möllers, Materiellrechtliche Bindungen unabhängiger Regulierungsbehörden, in: Masing/Marcou, Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 231 (239).

Polen zueinander, stellt sich die Frage, wie dieser „Grundversorgungsgedanke“³¹⁰ durch Rechtsetzung und rechtliche Regulierung erreicht werden kann.

Der Begriff des Gewährleistungsstaates ist ein bezeichnendes Beispiel für die Anwendung von Leitbildern und Chiffren im rechtswissenschaftlichen sowie staatsrechtlichen Diskurs. Von *Gunnar Folke Schuppert* zu Beginn der 1990er Jahre aus der Taufe gehoben³¹¹, hat sich der Gewährleistungsstaat längst zum Allgemeingut der rechtswissenschaftlichen Forschung erhoben. Die Leitidee³¹² des Gewährleistungsstaates³¹³ - in einem europäischen Kontext besteht eine gewisse Parallelität zwischen dem Modell des Gewährleistungsstaates und der europäischen Idee des „Europäischen Gesellschaftsmodells“³¹⁴ – beruht auf dem Umbau staatlicher Leistungsverwaltung: vormals noch in staatlicher Regie angebotene Leistungen und Dienstleistungen werden nach und nach privatisiert und „der Gesellschaft“ zur Erfüllung überlassen. Das bedeutet nichts anderes, als dass **eine dem gemeinen Wohl dienende Aufgabe** vom Staat nicht mehr selbst erfüllt wird, sondern dem Markt überlassen wird, der seinerseits wieder durch staatliche Regeln derart gesteuert wird, dass die Gemeinwohlorientiertheit der Aufgabenerfüllung durch gegenläufige Interessen der privaten Akteure nicht konterkariert wird.³¹⁵ Dieses Regelungsmuster beruht auf der Vorstellung, dass die dem Markt immanenten Gesetze nur in Ausnahmefällen in der Lage sind, ein Ergebnis zu erzeugen, wie es die öffentliche Hand als Aufgabenträgerin im Zuge einer am Allgemeinwohl ausgerichteten Planung erzeugt hätte. Durch das staatsrechtliche Leitbild des Gewährleistungsstaates kommt, wie eben dargestellt,

³¹⁰ Ch. Möllers, Materiellrechtliche Bindungen unabhängiger Regulierungsbehörden, in: Masing/Marcou (Hrsg.), Unabhängige Regulierungsbehörden, S. 231 (239).

³¹¹ Vgl. u. a. G. F. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 65 (96 ff.)

³¹² Zum Leitbildcharakter: C. Franzius, Der Staat 42 (2003), 477 (493 f.); F. Schoch, NVwZ 2008, 241 (241).

³¹³ Eine Rede für die Krisentauglichkeit des Gewährleistungsstaatsmodells führt M. Knauff, DÖV 2009, 581 (581 ff.).

³¹⁴ F. Schoch, NVwZ 2008, 241 (242).

³¹⁵ Mit einer leicht anderen Konnotation: F. Schoch, NVwZ 2008, 241 (244).

zum Ausdruck, dass der Staat nicht mehr für jede öffentliche Aufgabe auch eine Erfüllungspflichtung trägt, sondern es ihm durchaus möglich ist, sich Dritter aus dem privaten Sektor zu bedienen. Das so entstehende Dreiecksverhältnis zwischen begünstigtem Bürger, ausführendem Privaten und überwachendem Staat kann man auf Seiten des Staates unter der Chiffre „Gewährleistungsverantwortung“ zusammenfassen. Die Gewährleistungsverantwortung beschreibt die Gemeinwohlverantwortung des Staates dahingehend, dass er nur noch die Aufgabenbewältigung durch einen Dritten sicherstellt und gegebenenfalls durch Aufsichts- oder sonstige Regulierungsmaßnahmen sowie mit Mittel des Privatrechts, je nach Ausgestaltung der Beziehung zwischen Staat und Drittem, steuernd eingreift, um das Wohl der Allgemeinheit zu fördern.³¹⁶

³¹⁶ S. a. *H. Lackner*, Gewährleistungsverwaltung, S. 1.

5. Kapitel: Verfassungsrechtliche Herleitung einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung

A. Einleitung

Die Arbeit rückt zu ihrem ersten Kern vor und versucht sich einer verfassungsrechtlichen Herleitung staatlicher Sicherstellungsverantwortung. Staatliche Sicherstellungsverantwortung ist nicht der Gewährleistungsverantwortung gleichzusetzen. Eine Sicherstellungsverantwortung – so die Ausgangsthese – greift dann Raum, wenn der Staat eine Aufgabe der Leistungsverwaltung über einen langen Zeitraum selbst erfüllt hat, noch dazu in monopolistischer Manier, und sich seiner Aufgaben sodann im Wege der Aufgabenprivatisierung mit angeschlossener Marktzugangsliberalisierung entledigt.

Leitend für das hiesige Kapitel wird sein, dass auch die Sicherstellungsverantwortung immer eng mit der vormaligen Staatsaufgabe verknüpft werden muss. Die Grenzen der alten Staatsaufgabe sind sogleich die Grenzen einer festzustellenden Sicherstellungsverantwortung. Dies folgt bereits aus dem Grundgedanken, dass eine Aufgabenprivatisierung zwar im Wege der Sicherstellungsverantwortung zu einer Umschreibung staatlicher Verpflichtung führen, aber keine Ausweitung der Verpflichtung zur Folge haben kann. Möglich wird es in diesem Zusammenhang sein, die Grundidee, die Wirklogik einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung aufzuzeigen. Im Vordergrund steht die Frage nach der Grundlage ihrer Geltung, gepaart mit Überlegungen zur Ausdifferenzierung gewisser Teilaspekte dieser Verantwortung. **Kein Ziel ist es demgegenüber, hier bereits** zu detailreichen Ergebnissen hinsichtlich einzelner Verantwortungstiefen sowie einer abstrakten Bestimmung von Verpflichtungen des Staates zu gelangen. Zum einen erfolgt die Betrachtung der Grundlagen einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung hier noch ohne Ansehung eines konkreten Sektors, einer konkreten Aufgabe, zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die einzelne Sicherstellungsentscheidung – egal in welcher Form – immer das Ergebnis, wie noch zu zeigen sein wird, einer planerischen Abwägungsentscheidung des Normanwenders beziehungsweise des Sicherstellungsverpflichteten sein muss. Notwendig ist demnach aufzuzeigen, welche Bestimmungsparameter einzustellen

sind und wie sie rechtliche Regulierung durch Gesetzgebung und Verwaltungstätigkeit strukturieren. Der hier unternommene Versuch einer verfassungsrechtlichen Einhegung staatlicher Privatisierungsfolgenverantwortung unternimmt unter Rekurs auf den Topos der Sicherstellungsverantwortung den Versuch, vornehmlich aus einem Rückgriff auf verfassungsrechtlich fundierte Vertrauensschutzargumente so eine Verantwortung ins Werk zu setzen beziehungsweise mit verfassungsrechtlichem Leben zu füllen.

B. Begriff der Sicherstellungsverantwortung

I. Begriffsprägung

Die Arbeit nimmt den Begriff der „Sicherstellungsverantwortung“ in Bezug und grenzt damit ausdrücklich zum häufig verwendeten Topos der „Gewährleistungsverantwortung“ ab.³¹⁷ **Dem liegt die Absicht zugrunde, die Sicherstellungsverantwortung klar auf die rechtlichen Folgen einer Aufgabenprivatisierung bei einer vormals monopolistisch erledigten Staatsaufgabe zu beziehen. Damit ist die Gewährleistungsverantwortung der weitere, übergeordnete Begriff.**³¹⁸ Grundgedanke einer staatlichen Sicherstellungsverantwortung ist es, dass die öffentliche Hand durch das Recht, insbesondere das Verfassungsrecht, bei der Ausgestaltung eines Post-Privatisierungsrechts in einem gewissen Umfang eingeschränkt ist. Hierunter ist kein subjektiv-öffentliches Leistungsrecht des Einzelnen zu verstehen – wie später näher zu zeigen sein wird –, das den Staat zu einem konkreten Handeln verpflichten kann, sondern es steht vielmehr der Gedanke im Vordergrund, dass das Verfassungsrecht einen gewissen Korridor für die Ausgestaltung eines Privatisierungsfolgenrechts vorgibt, in welchem sich der einfache Gesetzgeber sich seiner Einschätzungsprärogative bedienen kann.

Aufgabe einer verfassungsrechtlichen Untersuchung ist es nun zu bestimmen, ob

³¹⁷ Für eine Gleichgerichtetheit bzw. eine Spezifizierung der Gewährleistung durch die Sicherstellung im Nachgang zu einer Privatisierung von Infrastrukturen hingegen *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 11; vgl. auch *U. Steiner*, Die Rolle des Staates im Bereich der Verkehrswirtschaft, in: GS Tettinger, S. 1179 (181).

³¹⁸ **S. dazu auch sogleich B. II.**

sich im konkret untersuchten Sektor eine solche Sicherstellungsverantwortung auffinden lässt und welche Rechtsfolgen daraus resultieren, sofern man diesbezüglich zu einem positiven Ergebnis gelangt.

II. Sicherstellungsverantwortung und Gewährleistungsverantwortung

Sicherstellungsverantwortung und die Gewährleistungsverantwortung – nach mittlerweile bald klassischer Ausgestaltung – sind deutlich voneinander abzugrenzen. Grundstruktur der Gewährleistungsverantwortung ist eine Verankerung im primär staats- und verfassungstheoretischen Diskurs; **sie fungiert als Visualisierung verbleibender staatlicher Aufgaben in Sektoren, die in ihrer Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privatgesellschaft geteilt sind und eine Herausforderung an die Leistungsfähigkeit überkommener Verfassungs- und Verwaltungsrechtsdogmatik darstellen.** Eine solche Sicherstellungsverantwortung sei ein „besonders sichtbarer Ausdruck einer wesentlich breiter angelegten rechtstatsächlichen Entwicklung“.³¹⁹ Der deutlichste Unterschied ist jedoch dort zu erkennen, wo eine Privatisierungsentscheidung mit ins Spiel kommt. Die Gewährleistungsverantwortung besteht unabhängig **von** einer Privatisierungsentscheidung, sie bildet mit den Mitteln der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft eine Konzeption, die die Aufgabenteilung in der demokratisch verfassten Gesellschaft abbildet. Sie setzt nicht voraus, dass eine Aufgabe bereits einmal in staatlicher Regie betrieben wurde, sondern greift an jeder Stelle Raum.

Auch der gelegentlich in die Diskussion gebrachte Begriff der Infrastrukturverantwortung³²⁰ ist anders ausgerichtet. Die Idee von *Hermes* ist – in einer vergrößerten Annäherung – eine Zusammenfassung derjenigen Gewährleistungsverantwortungen, die sich auf die Bereitstellung und den Betrieb von zentralen Infrastrukturen bezieht. Sie ist aber nicht, wie die hiesige Konzeption der Sicherstellungsverantwortung auf Aufgaben ausschließlich bezogen, die vormalig in staatlicher Verantwortung betrieben wurden, sondern bietet ein taugliches Gesamtmodell um Gewährleistungsverantwortungen im Infrastruktursektor einer einheitlichen Betrachtung zuführen zu können.

³¹⁹ H. Butzer, Sicherstellungsauftrag, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 3

³²⁰ G. Hermes, Infrastrukturverantwortung, passim.

C. These: Sicherstellungsverantwortung als Vertrauenstatbestand

Das hiesige Konzept beruht auf der Idee einer Sicherstellungsverantwortung, die sich maßgeblich aus einer verfassungsrechtlichen Vertrauensidee speist. **Nach meiner Überzeugung gibt es „vor-verfassungsrechtliche[...] Staatsaufgaben“³²¹ nur in sehr begrenzten Umfang und unter hohen Voraussetzungen, insbesondere denkbar im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols.** Die Bundesrepublik Deutschland ist eine parlamentarische Demokratie. Die Setzung des Rechts geschieht durch die zur Gesetzgebung berufenen Organe. Verbindliches, vorgegebenes Recht, das unabhängig hiervon bestehen kann, bedarf gründlicher Begründung. Eine solche Begründung **ist** nicht zu sehen, wenn aus Traditionen und Rollenverständnissen heraus begründet werden soll, dass die Träger öffentlicher Gewalt rechtlich dazu verpflichtet sein sollen, ein gewisses Aufgabenniveau zu gewährleisten.

Diese Konzeption mag dort noch begründungsfähig sein, wo Aufgaben gewisse Mittel voraussetzen, über die legitimerweise nur der Staat verfügt. Damit sind solche Mittel angesprochen, die das Gewaltmonopol des Staates voraussetzen. Das ist jedoch bei Infrastrukturaufgaben eindeutig nicht der Fall. Ziel der Arbeit ist die Bestimmung und Ausdifferenzierung derjenigen verfassungsrechtlichen Verantwortung des Staates, die für Eisenbahndienstleistungen Geltung hat. Es geht nicht darum, eine politische oder verwaltungswissenschaftlich fundierte Verantwortung bei der Privatisierungsnachsorge zu beschreiben. Gegenstand ist allein, ob es eine rechtlich verbindliche Verantwortung gibt, die aus dem Verfassungsrecht abzuleiten ist. Keine Rolle für die Begründung einer Sicherstellungsverantwortung spielt demnach das Konzept der Daseinsvorsorge nach *Forsthoff*³²².

Auch dieses Modell spiegelt im Wesentlichen wider, dass es gewisse Aufgaben – Daseinsvorsorgeaufgaben – gibt, die entweder alleine dem Staat zur Erfüllung obliegen oder die jedenfalls, wenn der Staat sich ihnen annimmt, mit einem besonderen

³²¹ J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 447 f. m. w. N.

³²² Aus neuerer Zeit zur Konzeption im Allgemeinen: G. Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 94 ff.; jüngst M. Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 15 ff.

Gehalt ausgestattet werden. Begründet man die Wirksamkeit einer rechtlich verbindlichen Verantwortung wie es hier geschehen soll maßgeblich aus dem Gedanken eines verfassungsrechtlich fundierten Vertrauensschutzes, so wird schnell deutlich, dass Aufgaben- und Vertrauenskonzeptionen, die sich maßgeblich auf vor- oder extraverfassungsrechtliche Vorstellungen beziehen, zur Lösung des hier aufgenommenen Konflikts schon konzeptionell wenig zu einer solchen Sicherstellungsidee beitragen können.

D. Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Gebot der Rechtssicherheit einerseits und dasjenige des Vertrauensschutzes im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verankert und damit mit Verfassungsrang ausgestattet.³²³ Konzeptionell bildet das Vertrauensschutzprinzip primär eine zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für staatliches Eingriffshandeln.³²⁴ **Es bildet ab, ob ein Gesetz beziehungsweise eine gesetzliche Grundlage im Einzelfall in zeitlicher Hinsicht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns herangezogen werden darf.**³²⁵ Anhand des Vertrauensschutzprinzips wird weitestgehend untersucht, ob in einem Einzelfall eine durch Gesetz angeordnete echte oder unechte Rückwirkung zulässig ist. Aus der bisherigen Rechtsprechung folgt jedoch nicht, dass das Vertrauensschutzprinzip auf diese Abwehrkonstellationen zu beschränken ist, vielmehr stellt das Bundesverfassungsgericht lediglich regelmäßig fest, dass das aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende Gebot des Vertrauensschutzes Verfassungsrang genießt.³²⁶ Eine Engführung wird gerade nicht vorgenommen.

Daher liegt es nahe, dass Vertrauensschutzprinzip dahingehend auszuweiten, es auch in engen Grenzen als verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtung des Staates zu verstehen. Eine solche Betrachtung ermöglicht es, das Vertrauensschutzmoment

³²³ BVerfGE 30, 392 <403>; 43, 242 <286>; 45, 142 <167 f.>; 50, 244 <250>; 59, 128 <164>; 63, 215 <223>; 105, 48 <57>.

³²⁴ BVerfGE 63, 343 <356 f.>; 67, 1 <14 f.>; 76, 256 <349>.

³²⁵ Insbesondere im Zusammenhang mit abgaben- bzw. steuerrechtlichen Vorschriften.

³²⁶ BVerfGE 30, 92 <403>; 50, 244 <250>.

auch in solchen Rechtskonstellationen fruchtbar zu machen, die nicht die Handlungsweisen des Staates regulieren, sondern das Vertrauensschutzprinzip einer Wirkweise zuzuführen, die eine Handlungs- oder Verhaltenspflicht des Staates gerade erst ins Werk setzt. Das Vertrauensschutzprinzip wird so zu einem Vehikel, um dem Staat eine pflichtige Staatsaufgabe aufzuerlegen. Pflichtig im Sinne einer Staatsaufgabe, die nicht auf einer eigenständigen Entscheidung der Exekutive oder der Gubernative beruht, sondern vielmehr Ausdruck einer rechtlichen, verfassungsrechtlichen Verpflichtung ist. Die obig für richtig befundene Staatsaufgabenlehre setzt es nicht voraus, dass die Staatsaufgaben bereits vollständig aus dem Wortlaut des Grundgesetzes bestimmt werden müssen, noch ist es Voraussetzung, dass diese Staatsaufgaben durch den parlamentarischen Gesetzgeber verbindlich niedergeschrieben werden. Es gibt keinen geschriebenen Staatsaufgabenkatalog. **Eine solche Vertrauensschutzkonzeption ist zur Begründung von pflichtigen Staatsaufgaben nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen in der Lage, ansonsten würde die Hoheit des Gesetzgebers zur Schaffung von Staatsaufgaben durch eine Auslegung des Grundgesetzes unterlaufen.** Diese Arbeit erkennt eine solche Situation dann an, wenn der Staat eine Staatsaufgabe jedenfalls im Bereich der öffentlich relevanten Dienstleistungen³²⁷ - **dieser Begriff ist treffender als derjenige der öffentlichen Versorgung, da er anschlussfähig ist an die unionsrechtlichen Begriffsbildung**³²⁸ - in monopolistischer Weise betrieben **hat** und sich sodann zu einer Privatisierung und Liberalisierung dergestalt entscheidet, dass die vormalige Staatsaufgabe dem wirtschaftlichen Markt vollständig überlassen wird.

³²⁷ Begriff von J. Masing, Die Verwaltung 36 (2004), 151 (152).

³²⁸ Vgl. nur J.-Ch. Pielow, Grundstrukturen, S. 400; ders., FS Schnapp, S. 491 (494).

E. Konstruktion der Sicherstellungsverantwortung

I. Objektive Rechtspflichten aus einem Vertrauensschutztatbestand

1. Aufriss

Wie bereits angedeutet, beruht die Idee der Sicherstellungsverantwortung darauf, dass nunmehr objektive Rechtspflichten aus einem Vertrauensschutztatbestand, im Regelfall in Kombination mit dem Sozialstaatsprinzip und der Schutzfunktion der Grundrechte abgeleitet werden soll. Prägend bleibt aber die Vertrauensschutzkomponente, jedoch sinkt der Begründungsaufwand hinsichtlich des Vertrauensschutzes, wenn es sich zudem um eine öffentlich relevante Dienstleistung handelt, da hier zudem das Sozialstaatsprinzip sowie die Schutzfunktion der Grundrechte dafür streiten, dass eine objektive Rechtspflicht mit Verfassungsrang zu erkennen sein wird. Auf den Fall einer öffentlich relevanten Dienstleistung konzentrieren sich die Ausführungen im Folgenden.

2. Monopolstrukturen als vertrauensbildende Maßnahmen

Entschließt sich der Staat eine öffentlich relevante Dienstleistung in monopolistischer Manier mit Hilfe eines staatlichen Unternehmens zu betreiben, so steht es ihm in den Grenzen der grundrechtlichen Vorgaben der Berufsfreiheit frei. Hierdurch schließt er jedoch, seiner Monopolstellung getreu, aus, dass andere Anbieter auf diesem Markt tätig werden können. Ihre Betätigung ist untersagt. Aufgabenverpflichteter ist alleine der Staat in Gestalt seines Staatsunternehmens. **Hierdurch erstarkt ein Vertrauen der Bürger und der Unternehmen, dass der Staat für die ordnungsgemäße Erbringung dieser öffentlich relevanten Dienstleistung in Gestalt einer Staatsaufgabe zuständig ist und er dafür auch durch rechtliche Vorgaben verantwortlich ist und bleibt.** Das Vertrauen in ein System einer funktionierenden öffentlich relevanten Dienstleistung kann essentiell sein und ist in aller Regel schutzwürdig, **weil die Bevölkerung von der Aufgabenerfüllung dauerhaft ausgehen kann.** Insbesondere dann, wenn es sich um zentrale Infrastruktureinrichtungen handelt, die angesichts der Struktur der Bundesrepublik Deutschland für Bevölkerung und am

Wirtschaftsleben Beteiligte eine zentrale Rolle einnimmt. Deren Fehler oder deren Versagen unmittelbare und wesentliche Auswirkungen auf die Gesellschaft haben wird. Dieses so gebildete Vertrauen wird durch Erwägungen des Sozialstaatsprinzips und der Schutzverpflichtung der einzelnen Grundrechte gestützt.

Allein dieses Vertrauen bildet aber noch keine Sicherstellungsverantwortung heraus, sondern ist nur der Nährboden für eine solche Verantwortung. Es benötigt ein auslösendes Moment. Solange der Staat die Aufgabe noch in monopolistischer Manier erfüllt, wäre es ohne Sinn bereits von einer Sicherstellungsverpflichtung auszugehen, haben wir doch noch sogar eine Erfüllungsverpflichtung. Ohne marktgängiges Gut, ohne marktgängige öffentlich relevante Dienstleistung läuft die Konzeption einer Sicherstellungsverantwortung leer.

3. Die Aufgabenprivatisierung als auslösendes Moment

Beruhet die Vertrauensstellung der Gesellschaft auf einer monopolistischen Aufgabenerfüllung, so liegt es nahe, die Liberalisierung der Aufgabe samt der Einrichtung eines Marktes als das auslösende Moment für eine Sicherstellungsverantwortung zu begreifen. Hier erfolgt ein grundlegender Wandel der Aufgabenwahrnehmung: war bis zur Privatisierung und Liberalisierung noch der Staat selbst in der Erfüllungsverpflichtung zu ändern sich nun dieses Bild. Die öffentlich relevante Dienstleistung wird zu einem marktgängigen Gut, ihre Erfüllung obliegt nicht mehr dem Staat, sondern die Gesellschaft als solche – vornehmlich Unternehmen – ist zum Handeln aufgerufen. Zwar ergibt sich hieraus, wie oben bereits ausgeführt, keine Handlungsverpflichtung der Gesellschaft, jedoch ist andererseits der Staat nicht in der Verpflichtung zur Erfüllung. Im Regelfall wird ihm die selbstständige Erfüllung sogar untersagt sein.

Dieses Moment hat jedoch nicht zur Folge, dass das gewachsene und schutzwürdige Vertrauen der Gesellschaft in eine staatliche Aufgabenverantwortung nun entfällt, weil der Staat nicht mehr in der Erfüllungsverantwortung ist. Das Gegenteil ist der Fall. Die Vertrauenskonzeption greift gerade nun Raum. Durch den Auslöser der Aufgabenprivatisierung und Liberalisierung erstarkt das Vertrauen in eine Sicherstellungsverantwortung. Der Staat als vormaliger Erfüllungsverantwortlicher bleibt wei-

terhin in einer – verfassungsrechtlichen – Pflicht. Es entsteht eine Sicherstellungsverantwortung, die es ihm aufgibt, eine Monopolnachsorge zu etablieren. Hierzu kann er sich verschiedener Instrumente zu bedienen. Dies immer vor der Folie, dass sich seine Verantwortung auf eine Sicherstellung begrenzt und er nicht mehr selbst direkter Akteur ist.

II. Der Umfang der entstehenden Verantwortung

Der Umfang der auf diese Weise entstehenden Sicherstellungsverantwortung kann nicht aus dem Verfassungsrecht selbst heraus bestimmt werden. Das Verfassungsrecht entscheidet nach den oben gefundenen Kriterien darüber, ob eine solche Sicherstellungsverantwortung besteht oder nicht. Es legt die Grundlage für die Ausdifferenzierung im Einzelnen. Diese Ausdifferenzierung im Einzelnen, die im Wesentlichen der Gesetzgeber trifft, **ist ihrerseits jedoch wieder an das Verfassungsrecht der Sicherstellungsverantwortung dergestalt rück zu koppeln, ob die bestimmte Verantwortungstiefe dem Verfassungsrecht genügend ist oder ob der Gesetzgeber seine grundsätzliche Verpflichtung gerade nicht erfüllt.** Der Gesetzgeber verstößt gegen Verfassungsrecht, wenn er seine verfassungsrechtlich fundierte Sicherstellungsverantwortung so ausfüllt, dass er nur zu einem insgesamt unzureichenden Verantwortungsniveau gelangt und so die reale Gefahr besteht, dass es sich um eine wirkungslose Verantwortung handelt. **Prägend für die Ausfüllung einer Sicherstellungsverantwortung ist eine planerische Abwägungsentscheidung unter Berücksichtigung der Aufgabenerfüllung zum gemeinen Wohl durch Wettbewerbsgewährleistung einerseits und der Interessen der betroffenen Unternehmen andererseits – die in aller Regel der Gesetzgeber treffen muss, im Einzelfall auch Verwaltung wie Gerichtsbarkeit, wobei diese dann wiederum an die gesetzlichen Ermächtigungen gebunden sind –, dies soll im Folgenden näher anhand des hier gewählten Referenzbeispiels der normierten Sicherstellungsverantwortung in Art. 87e Abs. 4 GG exemplifiziert werden.**

In allgemeiner Hinsicht, ohne einen bestimmten Sektor in den Blick zu nehmen, lässt sich jedoch festhalten, dass die Abwägungselemente und der Abwägungsvorgang immer einen konkreten Sachbezug zur jeweiligen öffentlichen relevanten Dienstleis-

tung aufweisen müssen. Bei der Ausfüllung seiner eigenen Sicherstellungsverantwortung ist der Staat damit in jedem Fall daran gehindert, diese durch sachfremde Erwägungen wie zum Beispiel durch einen isolierten, sachbezugsfreien Rekurs auf die Höhe seiner finanziellen Aufwendungen ihrer potentiellen Wirkmächtigkeit zu berauben.

Bemerkenswert an dieser Konzeption ist das Folgende: verfassungsrechtlich vorgegeben ist das Entstehen oder Nichtbestehen einer Sicherstellungsverantwortung. Diese Entscheidung folgt aus dem Verfassungsrecht nach den oben für richtig befundenen Kriterien. In einem zweiten Schritt ist der Sicherstellungsverpflichtete dazu berufen, diese Sicherstellungsverpflichtung mit Leben zu füllen und dies durch eine planerische Abwägungsentscheidung. In einem dritten Schritt ist der Sicherstellungsverpflichtete dazu verpflichtet, die von ihm selbst konkretisierte Sicherstellungsverantwortung mit Leben zu füllen. **Zwischen Schritt zwei und drei besteht kein Widerspruch:** Der vermeintliche Konflikt löst sich meines Erachtens auf, wenn man berücksichtigt, dass die planerische Abwägungsentscheidung des Sicherstellungsverpflichteten eine verfassungsrechtliche Rückkoppelung hat. Der Sicherstellungsverpflichtete darf die entstandene Sicherstellungsverantwortung nur so ausfüllen, dass sie wirkmächtig wird. Verfehlt er dieses Ziel, so verstößt er bereits hierdurch gegen Verfassungsrecht. **Dadurch, dass seine Ausfüllung der Sicherstellungsverantwortung dieses in gewisser Weise konkretisiert, wird seine Umfangsbestimmung aber nicht selbst mit Verfassungsrang ausgestattet, vielmehr bedient sich der einfache Gesetzgeber nur des ihm gegebenen Rahmens.**

Es ist also denkbar, dass der Sicherstellungsverpflichtete eine verfassungsmäßige Ausgestaltung wählt, aber im dritten Schritt selbst gegen die Ausgestaltung verstößt und damit Verfassungsrecht verletzt. Denkbar ist dies zum Beispiel dann, wenn auf der zweiten Stufe der Gesetzgeber eine Regulierungsvorschrift schafft und damit zugleich – jedenfalls mittelbar – zum Ausdruck bringt, dass er seine bestehende Sicherstellungsverantwortung umsetzt und eine Abwägungsentscheidung erkennbar wird. Wenn nun **in diesem Schritt** diese Regulierungsvorschrift von der Verwaltung so angewendet wird, dass die Verantwortungskonzeption des Gesetzgebers missachtet wird, so liegt hierin ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlich fundierte Sicherstellungsverantwortung – und in den meisten Fällen wohl auch eine einfach-rechtliche

Fehlanwendung. Deutlich wird dadurch, dass – wenn man den Gesetzgeber in den Blick nimmt – die Entscheidung über die Bestimmung der Sicherstellungsverantwortung und die Schaffung von Normen zur Erfüllung, zur Bewältigung dieser Sicherstellungsverantwortung häufig zusammenfallen werden. Hier bedarf es einer differenzierten Betrachtung, **in welchem der oben genannten Schritte** sich der Gesetzgeber gerade befindet, wenn er handelt. Oft wird die Gesetzesbegründung eine Hilfestellung sein, jedenfalls, wenn diese das Verantwortungs- und Regulierungskonzept des Gesetzgebers hinreichend deutlich macht.

III. Der Verpflichtete staatlicher Sicherstellungsverantwortung

Wer ist der Verpflichtete einer nach den oben aufgestellten Kriterien entstehenden Sicherstellungsverantwortung? **Versteht man die Sicherstellungsverantwortung wie hier als Ausfluss einer Verantwortungsbegründung so ist Sicherstellungsverpflichteter - nach den Grundsätzen der Lehre des *actus contrarius* – derjenige, der vor der Privatisierungsentscheidung zur Erfüllung der Staatsaufgabe verpflichtet war. Er hat das Vertrauen zunächst geschaffen und durch die Privatisierungsentscheidung wie Entmonopolisierung wieder erschüttert und durch dieses die Sicherstellungsverpflichtung erst zur Entstehung gebracht.**³²⁹

³²⁹ Bemerkenswerterweise ist das bei einer Gewährleistungsverantwortung nach der klassischen, oben dargestellten, Konzeption nach meinem Dafürhalten anders zu entscheiden: hier greift es zu kurz, sich auf die *actus-contrarius*-Argumentation zurückzuziehen. Eine solche Argumentation würde fälschlicherweise von der Prämisse ausgehen, dass jede Aufgabenprivatisierung auch eine Gewährleistungsverantwortung des vormaligen Aufgabenträgers mit sich bringt. Diese Gewährleistungsverantwortung kann in engbegrenzten Fällen ausgeschlossen sein. Richtig ist vielmehr das Gegenteil: eine Gewährleistungsverantwortung ist positiv aus einer Zusammenschau des Europa- und Verfassungsrechts zu ermitteln. Geschieht dies *de lege artis*, so kommt man nicht umhin, den Staat als Gesamtheit als Verpflichtungsadressaten einer Gewährleistungsverantwortung nach erfolgter Aufgabenprivatisierung anzusehen. ~~Dies mutet zwar auf den ersten Blick ungewöhnlich an – wieso soll zum Beispiel der Bund haften, wenn eine Gemeinde oder ein Landkreis eine seiner vormaligen Aufgaben privatisiert und sie nunmehr zu einer gesellschaftlichen Aufgabe macht? –, ist aber nach den oben aufgezeigten Grundstrukturen der staatlichen Gewährleistungsverantwortung das folgerichtige Ergebnis.~~ Die Rückführung auf die (Verwaltungs-) Zuständigkeiten folgt auf anderem Wege als über die Verantwortungsbegründung, nämlich durch die grundgesetzliche und einfach-rechtliche Zuständigkeitsordnung.

IV. Gibt es einen Berechtigten? Die Frage nach der Subjektivierung der Rechtspflicht

Die hier gefundene Sicherstellungskonzeption erzeugt eine rein objektiv-verfassungsrechtliche Pflicht des Sicherstellungsverpflichteten und **hat demnach im Grundsatz keine subjektiv-öffentlichen Rechte zur Folge**. Zwar ist es im Einzelfalle denkbar, dass die Schutzfunktion der Grundrechte in einem eng begrenzten Ausschnitt einer staatlichen Sicherungsverantwortung dafür streitet bei einer Verletzung des Unterraßverbotes zu einer gewissen partiellen Subjektivierung zu gelangen, diese Möglichkeit hat jedoch nicht zur Folge, dass hieraus eine vollständige Subjektivierung abzuleiten wäre. **Die Gesamtkonzeption beruht auf einem Vertrauenstatbestand der Gesamtheit der Bevölkerung und der am Wirtschaftsleben Beteiligten in der Bundesrepublik. Sie ist nicht Konsequenz aus einem individuell enttäuschten Vertrauen, sondern auf einem typisierten Gesamtvertrauen der Gesellschaft.** Hieraus folgt, dass die Gesamtkonzeption bereits nicht kompatibel ist mit der Idee aus einer Norm Rechte zu bestimmen, die individuellen Schutz bieten.

V. Ewigkeitshaftung des Staates?

Die Vorzüge eines Modells, welches auf dem Vertrauensschutzgedanken beruht, liegen in ihrer bloßen Konstruktion noch nicht offen zu Tage, sondern zeigen sich vornehmlich erst dann, wenn der Rechtsanwender dieser Konstruktion sich einer bestimmten Sicherstellungsaufgabe zuwendet.

Konstruiert man die Sicherungsverantwortung mit konsequentem Blick auf das Vorverhalten des Staates, so wird deutlich, dass dieses Vorverhalten nicht nur den Geltungsgrund für eine solche Verantwortung setzt, sondern zugleich auch die Verantwortungstiefe in einem **nicht geringen** Maß vorprägt. Kern dieser Überlegung ist, dass die staatliche Sicherungsverantwortung sich in ihrer Tiefe verändern kann: sie entfaltet ~~bei~~ – unter der Voraussetzung einer gemeinwohladäquaten Aufgabenerfüllung durch die Kräfte des Marktes beziehungsweise der Gesellschaft – immer weniger Verpflichtungsvorgaben, ihre geforderte Verantwortungstiefe sinkt demnach, bis sie schließlich ganz erlischt. Der Vorzug einer solchen Überlegung liegt so dann auf der Hand: es entsteht keine Ewigkeitshaftung des Staates aus dem Vertrau-

ensschutzmoment für vormals in Eigenregie erfüllte Staatsaufgaben. Das Grundgesetz enthält nach dieser Lesart für keine für immer feststehenden und aus ihm herauslesbaren Staatsaufgaben, derer sich der Staat zwingend anzunehmen hat. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das nicht mit der Vorstellung einer Staatsaufgabenbegründung durch das Grundgesetz einhergeht. Die so erkorenen Staatsaufgaben – zum Beispiel die Sicherstellungsverpflichtungen aus Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG oder Art. 87f Abs. 2 GG – stehen immer einer Veränderung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber offen. Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn der Versuch unternommen wird, Staatsaufgaben aus solchen Bestimmungen des Grundgesetzes abzuleiten, die nach Art. 79 Abs. 3 GG besonders geschützt sind.³³⁰

VI. Zusammenfassung

Die Sicherstellungsverantwortung nach der hiesigen Konzeption ist von anderen Verantwortungsmodellen wie der Gewährleistungsverantwortung und der Infrastrukturverantwortung abzugrenzen. Sie wird dann ins Werk gesetzt, wenn der Staat eine vormals in monopolistischer Manier betriebene Staatsaufgabe einer Aufgabenprivatisierung zuführt und dadurch zugleich eine Liberalisierung erreicht wird. Geltungsgrund ist primär das Vertrauensschutzprinzip des Grundgesetzes. Ausgefüllt wird diese Verantwortung durch den Sicherstellungsverpflichteten selbst, regelmäßig in Rückkopplung mit den grundgesetzlichen Vorgaben. Sicherstellungsverpflichteter ist der ehemalige Erfüllungsverantwortliche. Es handelt sich um eine bloß objektive Rechtspflicht, eine Subjektivierung ist nicht zu erkennen. Eine Ewigkeitshaftung des Sicherstellungsverpflichteten entsteht nicht, die Verantwortungstiefe verändert sich und auch ein vollständiges Erlöschen ist nicht ausgeschlossen.

³³⁰ Siehe zum Beispiel die Konzeption von *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 55 ff.

Dritter Teil.

Die Verantwortung des Staates für die Eisenbahn

6. Kapitel: Verfassungsrechtliche Sicherstellungspflicht für Eisenbahndienstleistungen

A. Sektorspezifische Norm: Art. 87e Abs. 4 GG

I. Art. 87e Abs. 4 GG als geschriebene Sicherstellungsverantwortung

Bei Art. 87e Abs. 4 GG handelt es sich um eine **ausdrückliche, gesetzgeberisch normierte** Sicherstellungsverantwortung. Nach der soeben ausgebreiteten Ausdifferenzierung, wann ich von einer Sicherstellungsverantwortung mit Verfassungsrang ausgehe, wäre eine solche im Eisenbahnsektor unabhängig der ausdrücklichen – und begrüßenswerten – Normierung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber anzunehmen. Das Eisenbahnwesen wurde – wie oben ausführlich gezeigt – in Deutschland über lange Zeit in einer monopolistischen Manier geführt, bei dem der Staat, am Ende die Bundesrepublik Deutschland, in der Erfüllungsverantwortung stand und diese durch die Deutschen Bundesbahnen erfüllt.

Wettbewerb konnte nicht entstehen, jedenfalls nicht im Bereich des hier maßgeblichen interessierenden Personenfernverkehrs und der Eisenbahninfrastruktur. **Zudem handelt es sich bei diesen Verkehrs- und Infrastrukturaufgaben ohne Zweifel um Dienstleistungen von öffentlicher Relevanz, so dass neben der Vertrauensschutzkonzeption, die Grundlage für eine Sicherstellungsverantwortung ist, auch die flankierenden Erwägungen aus dem Sozialstaatsprinzip wie auch aus einer grundrechtlichen Schutzpflichtenkonstruktion – insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 GG sowie aus Art. 12 GG – heraus Raum einnehmen.** Dadurch, dass sich der verfassungsändernde Gesetzgeber sich im Zuge der verfassungsrechtlichen Bahnreform für eine ausdrückliche Festschreibung dieser verfassungsrechtlichen Verantwortung entschieden hat – unabhängig davon, ob er sich bei der Normierung dieser ungeschriebenen Verantwortung bewusst war – überlagert diese besondere, niedergeschriebene Sicherstellungsverantwortung die allgemeine Sicherstellungsverantwortung. Nichtsdestoweniger kann unterstützend auf diese zurückgegriffen werden, wenn sich aus den klassischen Auslegungsmethoden für eine nähere Konkretisierung des Art. 87e Abs. 4 GG nichts ergibt. Zudem hat die

allgemeine Sicherstellungsverantwortung eine gewisse Reservefunktion.

II. Grundaussagen der Vorschrift

Der Kompromiss zwischen Bundesregierung und Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren hat eine deutlich sichtbare Auswirkung auf den Verfassungstext erhalten, wenn Art. 87e Abs. 4 GG eine Sicherstellungspflicht des Bundes statuiert. Nach der geltenden Grundgesetzfassung gewährleistet der Bund, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes, sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird.³³¹ Das Nähere **wird** durch Bundesgesetz geregelt.³³² Diese Pflicht trifft nur den Bund, nicht aber die Eisenbahnen des Bundes.³³³ Dass eine solche geschriebene verfassungsrechtliche Verantwortungszuweisung vorhanden ist, ist keineswegs selbstverständlich, so muss zum Beispiel mit Blick auf die Energieversorgung insofern von einer Fehlannonce gesprochen werden.³³⁴ Dieser Befund – darauf wird später noch zurückzukommen sein – stützt jedoch die These, dass die Normierung staatlicher Verantwortung im Grundgesetz ein Ausfluss von Privatisierungsbestrebungen auf Bundesebene ist. Sofern andere Sektoren – wie eben die Energieversorgung – lange Zeit in staatlicher Hand waren, aber eben nicht in der Hand des Bundes, so finden sich auch keine **Privatisierungsfolgennormen** im Bundesrecht, schon gar nicht im Grundgesetz.

Immer wieder wird betont, dass die Sicherstellungsverantwortung des Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG nicht zu einer umfangreicheren Verpflichtung führen darf, als dies unter der Geltung des Art. 87 Abs. 1 GG a. F **der Fall war**.³³⁵ Diese Aussage sorgt

³³¹ Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG.

³³² Art. 87e Abs. 4 Satz 2 GG.

³³³ D. C. Umbach, in: ders./Clemens, GG, Art. 87e Rn. 25.

³³⁴ Siehe z. B. M. Schiller, Staatliche Gewährleistungsverantwortung, S. 65 ff., dort auch in der gebotenen Kürze zu landesverfassungsrechtlichen Normierung staatlicher Verantwortung im Zusammenhang mit der Energieversorgung wie Art. 152 Satz 2 Bay. Verf. s. S. 65 m. Anm. 113.

³³⁵ Vgl. beispielhaft K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 9.

für mehr Verwirrung als sie nutzt.³³⁶ **Die Umstellung staatlicher Tätigkeit von einer Besorgung einer Staatsaufgabe durch eigenhändige Erfüllung ist bereits strukturell von einer Sicherstellungsverantwortung zu unterscheiden, die nunmehr primär mit den Mitteln des Verwaltungsrechts auf ein selbständiges Unternehmen erfüllt wird.** Der Vergleich von derart verschiedenen Erfüllungsmodi staatlicher Aufgaben ist schlechterdings nicht weiterführend. Richtig ist natürlich, dass der Bund selbst keine Eisenbahndienstleistungen mehr erbringen darf und solche auch nicht im Wege des Vergaberechts beschaffen kann. Das führt jedoch nicht zu der Beantwortung der Frage nach einer unterschiedlich intensiven Verpflichtung, sondern ist Ausdruck einer bewussten Entscheidung des Bundes für eine Aufgabenprivatisierung. Richtig ist demgegenüber, **dass** der Bestand der Verwaltungsaufgaben des Bundes durch die Bahnreform ohne Zweifel verringert wurde.³³⁷ Wesentliche Teile der vormaligen Verwaltungsaufgabe werden eben nun im Markt von privatwirtschaftlichen Unternehmen erbracht. Wie der Bund dieser Sicherstellungsverantwortung nachkommen kann, gibt ihm das Grundgesetz nicht vor. Hier sind vielerlei verschiedene Befassungsformen denkbar, die weiter unten exemplarisch erörtert werden sollen.³³⁸

Deutlich ist aber, dass der Staat die Dienstleistungen nicht mehr selbst erbringt, sondern dass sich der Bund auf eine Sicherstellung und Kontrolle dieser Sicherstellung zurückziehen hat.³³⁹ An dieser Sicherstellungspflicht besteht ein spezifisch öffentliches Interesse, welches mittelbar auf das Dienstleistungsangebot bezogen ist und das mit einer der entscheidenden Maßgaben für die Bestimmung eines bestimmten Sicherstellungsniveaus ist und insoweit auch maßgeblich die Abwägungsentscheidung mitanleitet.³⁴⁰ Zu erkennen ist bereits als Grundaussage der Norm, dass dem

³³⁶ S. auch *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 23.

³³⁷ Vgl. *K. Windthorst*, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 7, 13 sowie *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 23.

³³⁸ *G. Hermes*, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 2.

³³⁹ Vgl. *H. Ladener/T. Gostomczyk*, DV 37 (2004), 141 (151).

³⁴⁰ *P. Badura*, FS Großfeld, S. 35 (36).

Bund insoweit eine signifikante Einschätzungsprärogative zukommt, er aber trotzdem an die verfassungsrechtlichen Vorgaben rückgekoppelt bleibt.³⁴¹ So hat der Bund sicherlich nur für eine adäquate Grundversorgung mit Eisenbahninfrastrukturangeboten und Eisenbahnverkehrsdienstleistungen Sorge zu tragen, ohne etwa eine flächendeckende, optimale Schieneninfrastruktur oder den Erhalt des *status quo* garantieren zu müssen.³⁴² Erkennen lässt sich auch, dass Art: 87e Abs. 4 GG eine pflichtige Staatsaufgabe des Bundes – und insbesondere des Bundesgesetzgebers darstellt – Regelungen zu schaffen, die das Wohl der Allgemeinheit hinsichtlich der Versorgung mit Eisenbahndienstleistungen hinreichend gewichtig zur Geltung bringt.³⁴³ Maßgebliche Trennlinie ist die Unterscheidung zwischen einer Infrastruktur- und einer Verkehrssicherstellungsverantwortung. Dies aus zweierlei Erwägungen heraus: zum einen sind bei der Infrastruktursicherung andere Parameter zu berücksichtigen **als** bei der Verkehrssicherung, insbesondere mit Blick darauf, dass es sich bei der Eisenbahninfrastruktur um ein natürliches Monopol nebst aller hieraus resultierender Konsequenzen handelt.

Zum anderen kann – vorbehaltlich einer Verfassungsänderung – die in Art. 87e Abs. 4 GG festgeschriebene Infrastruktursicherung nicht erlöschen, da insoweit der Schienenwegesvorbehalt dafür sorgt, dass die Infrastrukturunternehmen immer Eisenbahnen des Bundes bleiben und insoweit der Dynamik des Art. 87e Abs. 4 GG Grenzen gesetzt sind. **Blickt man jedoch auf die Verkehrssicherung, so ist im Falle eines Börsengangs durchaus denkbar, dass der Beteiligungsanteil des Bundes an den beziehungsweise dem Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG unter 50 % fällt und es sich bei den Verkehrsunternehmen nicht mehr um Eisenbahnen des Bundes handelt.** Hier würde dann jedoch der Rekurs auf die oben dargestellte, allgemeine Sicherstellungsverpflichtung verbleiben, setzt

³⁴¹ H. Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 71; K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 51 f., 53;

³⁴² BGHSt 49, 214 <223>.

³⁴³ P. Badura, Die Verfassungsgarantie und der Staatsvorbehalt für das Schienennetz der Eisenbahnen des Bundes, in: FS Rengeling, S. 3 (9).

diese doch nicht an der Qualifikation als eine Eisenbahn des Bundes an. Die Vorschrift des Art. 87e Abs. 4 GG ist insoweit nicht analog anzuwenden.³⁴⁴ Es fehlt nach der hiesigen Konzeption jedenfalls an einer Regelungslücke.

III. Rechtliche Verbindlichkeit

Bei Art. 87e Abs. 4 GG handelt es sich eindeutig nicht um eine lediglich politische Verantwortung des Bundes.³⁴⁵ **Politische Verantwortlichkeiten ohne rechtlichen Gehalt sind dem Grundgesetz jedoch fremd. Zwar ist das Grundgesetz in vielerlei Hinsicht eine Rahmenordnung, die einer Ausfüllung durch die Staatspraxis und Gesetzgebung zugänglich ist.** Die Normierung bloßer politischer Absichten steht jedoch quer **zu der Eigenschaft des Grundgesetzes als verbindliches Gesetz des Bundes.** Es handelt sich um eine pflichtige, obligatorische Staatsaufgabe.³⁴⁶ Die Norm entfaltet nicht nur Wirkung für einen Übergangszeitraum und auch aus der Norm selbst heraus ist keine degressive Tendenz zu erkennen.³⁴⁷

Richtig ist demgegenüber vielmehr, dass die Bestimmung der im Einzelnen notwendigen Sicherstellungstiefe eben Ausdruck einer planerischen Abwägungsentscheidung ist, deren Resultat sich über die Zeit verändern kann. Das ist aber nicht als zwingend degressiv zu prognostizieren, sondern vielmehr kommt es darauf, wie zum Zeitpunkt der Bestimmung der Sicherstellungsverantwortung das Verkehrs- und Infrastrukturangebot ist. Hiernach bestimmt sich maßgeblich der Handlungsauftrag des Bundes aus Art. 87e Abs. 4 GG heraus. Zudem lässt sich dem Art. 87e Abs. 4 GG

³⁴⁴ Dies überlegend *M. Fehling*, Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in: ders./Ruffert, Regulierungsrecht, § 10 Rn. 11.

³⁴⁵ *R. Arnold*, FS Hablitzel, S. 33 (34 f.); *P. Badura*, Die Verfassungsgarantie und der Staatsvorbehalt für das Schienennetz der Eisenbahnen des Bundes, in: FS Rengeling, S. 3 (9); *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 558 f. So aber: *G. Fromm*, Int. Verkehrswesen 46 (1994), 97 (101 f.); ders., DVBl 1994, 187 (192); *L. Osterloh*, VVDStRL 54, 204 (206).

³⁴⁶ *H. Butzer*, Sicherstellungsauftrag, Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74, S. 161 (162).

³⁴⁷ *R. Uerpmann*, in: v. Münch/Kunig, GG II, Art. 87e Rn. 21; *Tb. Vesting*, in: AK-GG, Art. 87e (2001), Rn. 57; *O. Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, S. 143 (160); *R. Arnold*, FS Hablitzel, S. 33 (35 f.); *R. D. Etzold*, Gewährleistungsverantwortung, S. 43; anders *E. Schmidt-Aßmann/H.-Ch. Röhl*, DÖV 1994, 577 (581 f.). Eine degressive Tendenz der Verantwortung aus Art. 87e Abs. 4 GG sieht *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 561 f.

eine Bestandsgarantie für das Institut der Eisenbahn entnehmen, das durch den Sicherstellungsauftrag abgesichert werden soll.³⁴⁸ Infolgedessen besteht ein Privatisierungsverbot hinsichtlich des Sicherstellungsauftrags selbst.³⁴⁹

IV. Rechtsnatur der Vorschrift

Die Frage nach der Rechtsnatur des Art. 87e Abs. 4 GG wurde immer wieder aufgeworfen und ist in der wissenschaftlichen Diskussion noch nicht zufriedenstellend beantwortet worden. Es mehren sich diejenigen, die davon ausgehen, dass es sich um eine Staatszielbestimmung handle.³⁵⁰ Eine Begründung hierfür wird zumeist nicht geliefert, sondern aus der fehlenden Subjektivierung der Vorschrift für den anspruchssuchenden Bürger daraus geschlossen, es müsse eine Staatszielbestimmung sein. Dogmatisch genau genommen folgt ~~aber~~ die fehlende Subjektivierung aus der Kategorisierung als Staatszielbestimmung, nicht aber umgekehrt. Nach hiesiger Ansicht hängt die Einordnung der Vorschrift maßgeblich davon ab, welches Verständnis des Verhältnisses zwischen Staatszielen und Staatsaufgaben man für richtig hält. Nach obiger Darstellung ist die Einfügung des Art. 87e Abs. 4 GG eine **rechtliche** Reaktion auf einen Privatisierungsfortschritt im Eisenbahnsektor, den manche Beteiligte des politischen Prozesses für zu weitgehend gehalten haben. Aus ihrer Sicht ist die sektorspezifische Sicherstellungsverantwortung eine Staatszielbestimmung.³⁵¹ Auch Differenzierung nach Infrastruktur und Verkehrsangebot sind zu finden: hiernach handle es sich um eine Einrichtungsgarantie hinsichtlich der Infrastruktur und um eine bloße Staatszielbestimmung hinsichtlich des Verkehrsangebotes.³⁵²

Ich halte es für sachgerecht, den Verpflichtungsgrad des Art. 87e Abs. 4 GG hinreichend zu berücksichtigen **und hierin die Normierung einer Staatsaufgabe**

³⁴⁸ G. Hermes, in: ders./Sellner, AEG, Einf D, Rn. 25.

³⁴⁹ J. Stender-Vorwachs, Staatliche Verantwortung, S. 13.

³⁵⁰ J. A. Kämmerer, JZ 1996, 1042 (1046); St. Sommer, Staatliche Gewährleistung, S. 81 f.; A. Voßkuhle, in: Schuppert, Verantwortungsteilung, 47 (67); S. Wilkens, Wettbewerb und Gemeinwohlorientierung, S. 43 (Fn. 217 m.w.N.); S. Pommer, Bahnreform und Enteignung, S. 133.

³⁵¹ Vgl. LAG Sachsen NZA 2008, 59 (70); H. Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 74; K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 62.

³⁵² R. D. Etzold, Gewährleistungsverantwortung, S. 81

zu sehen.³⁵³ Die niedergeschriebene Sicherstellungsverantwortung hat es gerade zur Aufgabe, den Bund zu verpflichten, eine solche Sicherstellung zu leisten. Die Qualifikation als bloße Staatszielbestimmung verschleiert in gewisser Weise diesen Verpflichtungsgehalt und ordnet der Vorschrift nicht mehr als eine handlungsleitende Funktion zu. **Dies gilt gerade dann, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach hiesig vertretener Ansicht zudem eine verfassungsrechtlich verpflichtende Sicherstellungsverantwortung selbst dann existieren würde, wenn diese besondere Sicherstellungsverpflichtung keinen Eingang in das Grundgesetz gefunden hätte.** Es handelt sich um eine obligatorische, pflichtige Staatsaufgabe, zu deren Erfüllung der Bund verpflichtet ist.

V. Adressat der Norm

Adressat des Art. 87e Abs. 4 GG ist nur der Bund.³⁵⁴ Mit allen drei seiner Staatsgewalten; eine Verengung auf den Bundesgesetzgeber ist nicht angezeigt.³⁵⁵ Weder die Eisenbahnen des Bundes noch die Länder sind von dem **Sicherstellungsauftrag** des Art. 87e Abs. 4 GG betroffen. Hinsichtlich der Länder folgt dies aus der grundsätzlichen Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers für die Regionalisierung und die Zuständigkeitsverlagerung des Schienenpersonennahverkehrs weg vom Bund auf die Länder.³⁵⁶ Zu beachten ist jedoch, dass der Sicherstellungsauftrag nach Art. 87e Abs. 4 GG dann von der Landesstaatsgewalt zu beachten ist, wenn diese im Rahmen der Rechtsprechung dazu berufen ist, über Maßnahmen einer Bundesbehörde zu entscheiden. Entscheidet also das Eisenbahnbundesamt, so sind das jeweilige Verwaltungsgericht und das Oberverwaltungsgericht beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshof ebenfalls zur Auslegung der Sicherstellungsklausel berufen. Der Anwendungsbereich wird dadurch nicht originär auf diese Gerichte ausgeweitet, son-

³⁵³ So auch bereits J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 559.

³⁵⁴ K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 59 u. 65 auch unter Rückgriff auf die Gesetzgebungsermächtigung in Art. 87e Abs. 4 Satz 2 GG; Th. Vesting, in: AK-GG, Art. 87e Rn. 53.

³⁵⁵ Anders insoweit H. Butzer, Sicherstellungsauftrag, Isensee/Kirchhof, HStR IV, Band IV, § 74, S. 161 (162).

³⁵⁶ Ähnlich K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 60.

dern sie überprüfen die richtige Rechtsanwendung durch die unmittelbar verpflichteten Behörden des Bundes.

Allerdings sind hinsichtlich der verschiedenen Gewalten, die auch auf Bundesebene bestehen, unterschiedliche Umsetzungsprinzipien denkbar. Für den Bundesgesetzgeber bedeutet die Sicherstellungsregel des Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG, dass er diese durch gesetzgeberische Maßnahmen zu erfüllen hat.³⁵⁷ Nicht in Betracht kommen demgegenüber Einwirkungsrechte im Einzelfall, wie zum Beispiel die parlamentarische Kontrolle bestimmter unternehmerischer Maßnahmen der Deutschen Bahn AG.³⁵⁸ Zwar werden die Eisenbahnen des Bundes durch die Vorschrift des Art. 87e Abs. 4 GG **allein durch die Formulierung der Vorschrift als Regulierungsbe- troffener besonders in die Pflicht genommen**, jedoch folgt hieraus nicht, dass auch sie dem Sicherstellungsauftrag oder auch nur einer besonderen Gemeinwohlbindung unterworfen sind. Sie bleiben, wenn auch besonders strukturierte, Marktakteure, die dem Bund zunächst in einem formellen Sinne gegenüberstehenden wie andere Marktakteure.

Die besondere Bezugnahme auf die Eisenbahnen des Bundes ist nur vor dem historischen Hintergrund nachzuvollziehen, dass es sich hierbei um die Nachfolgeunternehmen der ehemaligen Bundeseisenbahnen handelt. Es besteht aber dennoch ein Unterschied zu den anderen Marktakteuren: während diese sich in aller Regel auf die grundrechtlichen Gewährleistungen berufen können, steht diese Möglichkeit den Eisenbahnen des Bundes nicht offen. Wären Sie keine Eisenbahnen des Bundes mehr, weil der Kapitalanteil des Bundes unter 50 % fällt, so wäre sie auch nicht mehr der besonderen Sicherungsverantwortung des Bundes nach Art. 87e Abs. 4 GG unterworfen. Dieser Gleichlauf ist nicht zuletzt rechtspolitisch begrüßenswert.

VI. Keine subjektiv-öffentlichen Rechte

Die besondere Sicherungsverpflichtung des Art. 87e Abs. 4 GG vermittelt keine

³⁵⁷ BVerfGE 129, 356 <369>.

³⁵⁸ Vgl. hierzu auch BVerfGE 129, 356 <369>.

subjektiv-öffentlichen Rechte.³⁵⁹ Insofern teilt sie das Schicksal der allgemeinen Sicherstellungsverpflichtung aus dem Vertrauensschutzprinzip. Als Begründung dient hier wie dort, dass nach der Grundkonzeption der Bestimmung subjektiv-öffentlicher Rechte es notwendig ist, dass eine objektive Verpflichtung des Staates zu einem bestimmten Handeln es für eine Subjektivierung voraussetzt, dass die Vorschrift nicht nur die Allgemeinheit als Begünstigte in den Blick nimmt, sondern vielmehr auch bezweckt, den Einzelnen mit subjektiv-öffentlichen Rechten, mithin partiell klagefähigen Rechten auszustatten. Das ist angesichts der offenen Konzeption der besonderen Sicherstellungsverantwortung aus Art. 87e Abs. 4 GG nicht der Fall.³⁶⁰

B. Funktionen der Norm

I. Hauptfunktion: Programmierung staatlicher Privatisierungsfolgenmaßnahmen

Bei Art. 87e Abs. 4 Satz 2 GG handelt es sich nicht um einen grundgesetzlichen Ausgestaltungsvorbehalt im engeren Sinne.³⁶¹ Sinn und Zweck eines solchen Ausgestaltungsvorbehaltes ist es, dass das Grundgesetz ein bestimmtes Rechtsinstitut vollständig der Prägung des einfachen Gesetzgebers überlässt.³⁶² Art. 87e Abs. 4 Satz 2 GG spricht davon, dass „[d]as Nähere [...] durch Bundesgesetze geregelt [wird]“. Die sprachliche Fassung erlaubt es, davon auszugehen, dass dem Bundesgesetzgeber insoweit eine gewisse Definitions- und Ausgestaltungskompetenz zugestanden wird. Das ist auch zutreffend, jedoch steht im Vordergrund, **dass die Sicherstellungsverantwortung diese Ausgestaltung im Einzelnen anleitet und selbige durch die**

³⁵⁹ G. Hermes, in: ders./Sellner, AEG, Einf D, Rn. 22; K. Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopf, auf, GG, Art. 87e Rn. 6.

³⁶⁰ Vgl. dazu auch J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 559.

³⁶¹ Der Begriff des Ausgestaltungsvorbehaltes entstammt der Grundrechtsdogmatik. In der Sache kann er aber auch hier verwendet werden, geht es doch - ebenso wie in der Grundrechtsdogmatik - um die Bestimmung der Reichweite von verfassungsrechtlichen Rechten und Pflichten.

³⁶² Prominent ist Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG: „Inhalt und Schranken [des Eigentums, TH] werden durch die Gesetze bestimmt.“

Ausgestaltung nicht negiert werden darf.

Die hier vertretene Meinung hat zur Folge, dass die sektorspezifische Sicherstellungsverantwortung des Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG auch ohne nähere einfach-gesetzliche Konkretisierung Bindungs- und Regelungswirkung hat, auch wenn sie einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber offensteht. Sie ist demnach keine Hülle, die nur der Gesetzgeber füllen kann, sondern ihre Regelungswirkungen ergeben sich aus dem Grundgesetz selbst und können durch die Methoden der allgemeinen Verfassungsauslegung bestimmt werden, auch wenn die Einzelheiten der Sicherstellungsbestimmung dem Gesetzgeber obliegen. Damit ist auch zugleich festgestellt, dass keine Pflicht des Gesetzgebers besteht, ein „allgemeines **Sicherstellungsgesetz**“ für den Eisenbahnsektor zu erlassen. Einziger Ansatzpunkt einer solchen Pflicht wäre aus der Sicht des Verfassungsrechts die Vorschrift des Art. 87e Abs. 4 Satz 2 GG gewesen. Enthält diese Vorschrift aber nicht einmal einen Ausgestaltungsvorbehalt im engeren Sinne, so kann auch nicht ernsthaft von einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Schaffung eines solchen Gesetzes ausgegangen werden. Sinn und Zweck des Art. 87e Abs. 4 GG ist die Einhegung verschiedener Maßnahmen zur Sicherstellung entsprechender Privatisierungsfolgenmaßnahmen.

II. Ergänzende Funktion: Eingriffsrechtfertigung

Neben der Hauptfunktion der Programmierung staatlicher Privatisierungsfolgenmaßnahmen kommt der sektorspezifischen Gewährleistungsnorm des Art. 87e Abs. 4 GG noch die ergänzende Funktion einer Eingriffsrechtfertigung zu. Hintergrund dieser zweitgenannten Funktion ist, dass staatliche Regulierungsmaßnahmen typischerweise die Rechte – seien es Grundrechte oder andere subjektiv-öffentliche Rechte mit Verfassungsrang – der Eisenbahnunternehmen beschränken. Insoweit fungiert die Vorschrift des Art. 87e Abs. 4 GG als Norm zur Eingriffsrechtfertigung.

C. Struktur der Sicherstellungsentscheidung

I. Grundsätzliches

Die Reichweite der Verpflichtung aus Art. 87e Abs. 4 GG liegt im Wesentlichen in

der Verantwortung des Gesetzgebers.³⁶³ Insofern besteht eine weite Einschätzungsprärogative des Bundesgesetzgebers.³⁶⁴ Gelegentlich wird aus dem Textbefund abgeleitet, dass der Bund eine gewisse „Grundversorgung“ für Eisenbahnverkehrs- sowie auch für Eisenbahninfrastrukturdienstleistungen zu übernehmen habe.³⁶⁵ Diese Interpretation verlagert jedoch nur das Interpretationsproblem der Vorschrift auf eine Subsumtions- und Ausgestaltungsebene: der Begriff der Grundversorgung ist **aus sich heraus** nur begrenzt dazu geeignet, eine rechtliche Handhabbarkeit der Vorschrift zu generieren. **Vielmehr bedarf es einer Bestimmung im Einzelfall, was unter einer Grundversorgung zu verstehen ist. Ein in sich geschlossenes System resultiert daraus nicht.**

Das Bundesverfassungsgericht hat für den Bereich des Postwesens ausgeführt, dass das Postwesen nur mit der Maßgabe aus der staatlichen Regie entlassen werden dürfe, dass die Verantwortung des Staates für die ehemals aus der Daseinsvorsorge entstandenen Aufgaben nicht aufgegeben würde.³⁶⁶ Das Privatisierungsgebot des Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG ginge zwar auf dem Rückzug des Staates aus dem Bereich der Postdienstleistungen aus, jedoch begründe Art. 87f Abs. 1 GG eine verbleibende staatliche Verantwortung.³⁶⁷ Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts enthält Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG keine uneingeschränkte Festlegung auf das Wettbewerbsprinzip, da ansonsten ein Widerspruch zu Absatz 1 der Vorschrift sowie zu Art. 143b Abs. 2 Satz 1 GG hätte entstehen könne.³⁶⁸

Nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG werden die Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privat-rechtlicher Form geführt. Die so niedergelegte Wirt-

³⁶³ J. Wieland, Nds.VBl. 2009, 33 (33).

³⁶⁴ M. Febling, Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in: ders./Ruffert, Regulierungsrecht, § 10 Rn. 11 m. Fn. 45.

³⁶⁵ So z. B. K. Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 58; G. Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 355; R. D. Etzold, Gewährleistungsverantwortung, S. 65; A. Benz, Die Verwaltung 28 (1995), 337 (350).

³⁶⁶ BVerfGE 108, 370 <393 f.>.

³⁶⁷ BVerfGE 108, 370 <393 f.>.

³⁶⁸ BVerfGE 108, 370 <393, LS 2>.

schaftlichkeitsverpflichtung der Eisenbahnunternehmen ist mit der staatlichen **Sicherstellungsverantwortung** in Einklang zu bringen. Fraglich ist, ob die Wirtschaftlichkeitsverpflichtung bereits als innere Grenze der Sicherstellungsverantwortung fungiert oder ob sie lediglich als subjektives-öffentliches Recht mit Verfassungsrang zu Gunsten der Eisenbahnunternehmen des Bundes von diesen einer Sicherstellungsverantwortung im Einzelfall entgegengehalten werden kann. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, inwieweit der Bund seiner **Sicherstellungsverantwortung** auch dadurch nachkommen kann, dass er als alleiniger Anteilseigner der Deutschen Bahn AG von seinen gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten der Unternehmenseinwirkung Gebrauch macht. Versteht man die Wirtschaftlichkeitsverpflichtung als der **Sicherstellungsverantwortung** immanente Grenze, so ist es naheliegend, dass der Bund bei der Wahrnehmung seiner Gesellschafterstellung durch diese Wirtschaftlichkeitsverpflichtung eingeschränkt ist.

II. Planerische Abwägungsentscheidung

Leitend bei der Bestimmung der Sicherstellungsverantwortung ist die Idee einer planerischen Abwägungsentscheidung.³⁶⁹ Die Grundidee einer planerischen Abwägungsentscheidung ist es, dass verschiedene, tendenziell gegenläufige Aspekte einer Abwägung zugeführt werde, um zu ermöglichen, dass allen diesen Aspekten zu einer möglichst optimalen Geltung verholfen wird. Notwendig ist es, dass alle diese Aspekte hinreichend mit dem Sachthema verbunden sind und darüber hinaus einer zutreffenden Gewichtung zugeführt werden.

Die Sicherstellungsentscheidung ist dadurch gekennzeichnet, dass primär der Gesetzgeber zunächst dazu berufen ist, eine Gewichtung vorzunehmen. Die Abwägungsentscheidung bedarf einer Vorbereitung dahingehend, dass der Sicherstellungsverpflichtete dazu aufgerufen ist, die Abwägungselemente zu ermitteln und sodann einer Abwägung zuzuführen. Hierbei können verschiedentliche Aspekte eine Rolle spielen. Deutlich angesprochen im Text des Art. 87e Abs. 4 GG ist das Wohl der Allgemeinheit, konkretisiert im Sinne der Verkehrsbedürfnisse. Dies ist jedoch nicht

³⁶⁹ E. Schmidt-Aßmann/H.-Cb. Röhl, DÖV 1994, 584 (585); G. Hermes, in: ders./Sellner, AEG, Einf D, Rn. 26.

der einzige Aspekt, der in diese Abwägung miteingestellt werden kann, auch wenn selbiger nach der Fassung des Grundgesetzes mit einem besonderen Gewicht ausgestattet ist. Denkbar sind ohne weiteres andere Belange, die der Sicherstellungsbeauftragte in die Abwägung einzustellen hat, wenn sie bei der konkreten Bestimmung der Sicherstellungsverantwortung von Gewicht sind.

Als Beispiele lassen sich nennen: Abgrenzung und Verhältnis der Eisenbahndienstleistungen zu anderen Verkehrsträgern, Förderung bestimmter Wirtschaftszweige, Bewahrung und Förderung einer regionalen Struktur, Gewährleistung einer ausreichenden Versorgung bestimmter Knotenpunkte, Sicherung einer Anschlussfähigkeit des Eisenbahnverkehrs. Eine abschließende Betrachtung solcher Belange ist nicht opportun, zeichnet sich eine solche Abwägungsentscheidung doch gerade dadurch aus, dass sie offen ist für verschiedene Belange und so hinreichend flexibel ist für verschiedentliche Entwicklungen. Ausschlaggebend für eine zutreffende und verfassungsmäßige Bestimmung dieser Sicherstellungsverantwortung ist jedenfalls, dass alle in der zur Entscheidung stehenden Konstellation relevanten Belange erkannt werden, selbige hinreichend aufgeklärt werden und sodann in ein Verhältnis gesetzt werden, welches dazu in der Lage ist, den einzelnen Belangen hinreichend dazu zu verhelfen, zu einer optimalen Geltung zu gelangen.

Mit Blick auf das Verfassungsrecht ist von einem verfassungsrechtlich relevanten Fehler nur dann auszugehen, wenn der **Sicherstellungsverpflichtete** insoweit einer Fehleinschätzung unterliegt, die darauf schließen lässt, dass bei der Auswahl oder der Gewichtung verschiedener Belange eine Fehleinschätzung vorgenommen wurde, die nicht nur von geringem Gewicht ist, sondern die deutlich macht, dass der Sicherstellungsverpflichtete einer groben Fehleinschätzung unterliegt. Lediglich bei einer solchen groben Fehleinschätzung wäre von einem Verfassungsrechtsverstoß auszugehen. Angesichts dessen, dass weiter oben davon ausgegangen wurde, dass weder aus dem allgemeinen Sicherstellungsauftrag noch aus dem speziellen Sicherstellungsauftrag des Art. 87e Abs. 4 GG ein subjektiv-öffentliches Recht folgt, muss die Frage aufgeworfen werden, inwieweit hier eine Justiziabilität der Sicherstellungsverantwortung überhaupt gewährleistet werden kann. Mit Blick auf die Rechtspraxis werden entsprechende Fragestellungen mit Blick auf gesetzgeberische Entscheidung vor-

nehmlich im Wege der (verfassungs-)gerichtlichen Inzidentkontrolle einer Beantwortung zugeführt werden. Zudem spielen gerichtliche Verfahren eine Rolle, in denen ein Regulierungsadressat gegen eine gegen ihn gerichtete behördliche Verfügung vorgeht und hier besonders die Funktion des Art. 87e Abs. 4 GG als Eingriffslegitimierungsvorschrift zu Tage tritt.³⁷⁰ Verfassungsrecht realisiert sich aber nicht nur durch gerichtliche Kontrolle, sondern auch im parlamentarischen Prozess durch die Gesetzgebung. Es wäre wünschenswert, wenn sich der Bundesgesetzgeber bei der Schaffung von entsprechenden Vorschriften des Eisenbahnrechts, insbesondere des eisenbahnbezogenen Regulierungsrechts auch von den verfassungsrechtlichen Vorgaben anleiten lässt und die Verantwortung nicht nur in der konzernbezogenen, gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung an der Deutsche Bahn AG sucht.

³⁷⁰ Beispielhaft: OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 18.02.2013 - 13 A 474/11 -, DÖV 2013, 490.

7. Kapitel: Erfüllung der Sicherstellungsverantwortung

A. Mittel zur Erfüllung der Sicherstellungsverpflichtung

Das Grundgesetz gibt mit Blick auf die Sicherstellungsverantwortung kein primäres Mittel zur Zielerreichung vor. Es steht vielmehr in der Verantwortung des Bundes, welcher Mittel er sich zur Zweckerreichung bedient. Hierbei sind verschiedene Mittel denkbar, begonnen bei der Schaffung spezifischer Regulierungsnormen bis hin zur Sicherung eines tauglichen Niveaus des Eisenbahnverkehrs und der Eisenbahninfrastruktur mit Hilfe von Finanzierungselementen. Primäres Handlungsinstrument wird jedoch für den Bund in aller Regel die Schaffung spezifischer Regulierungsnormen sein.

B. Der Konflikt zwischen dem Sicherstellungsauftrag und seinen Grenzen

Der Sicherstellungsauftrag des Bundes stellt sich als eine primär durch gesetzgeberische Maßnahmen zu erfüllende Verpflichtung des Bundes dar. Näher zu betrachten sind in diesem Abschnitt der Arbeit diejenigen rechtlichen Erwägungen, die dem Sicherstellungsauftrag sowohl abstrakt wie auch im konkreten Einzelfall entgegenstehen können. Anders gewendet: mit welchen Systementscheidungen und Rechtspositionen ist der verfassungsrechtliche Sicherstellungsauftrag in Einklang, womöglich sogar praktische Konkordanz zu bringen? Hierbei sind zwei Konstellationen in den Blick zu nehmen: die nicht-grundrechtsfähigen Eisenbahnen des Bundes sowie die grundrechtsfähigen privaten Eisenbahnen.

I. Wettbewerbsverpflichtung der Eisenbahnen des Bundes

Grenzen einer staatlichen Verpflichtung, die zu einem eingreifenden Handeln ermächtigt, liegen vor allem in den Grundrechtsgewährleistungen des Grundgesetzes, aber auch andere subjektiv-öffentliche Rechte mit Verfassungsrang können eine Begrenzung staatlichen Handelns zur Folge haben. Rechtseinräumungen auf einfach-

gesetzlicher Ebene sind dagegen nur sehr bedingt dazu in der Lage, verfassungsrechtlich verordnete Staatsaufgaben zu begrenzen.

1. Keine Grundrechtsberechtigung der Eisenbahnen des Bundes

In seiner Fraport-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass eine Grundrechtsberechtigung dann nicht in Betracht kommen kann, wenn die öffentliche Hand die Mehrheit der Anteile an einer Kapitalgesellschaft hält.³⁷¹ Das gilt auch dann, wenn die Anteile nicht einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zuzuordnen sind, sondern sich gewissermaßen in öffentlich-rechtlichem Streubesitz befinden.³⁷² Hiergegen wurde zwar Kritik geübt, die Entscheidung ist aber in der Sache zutreffend. Aus der fehlenden Grundrechtsberechtigung folgt - im Umkehrschluss und aus der Dichotomie zwischen Staat und Gesellschaft -, dass bei fehlender Grundrechtsberechtigung von einer Grundrechtsverpflichtung auszugehen ist.³⁷³ Die Eisenbahnen des Bundes sind damit solange nicht grundrechtsberechtigt, wie sie Eisenbahnen des Bundes sind.³⁷⁴

Daraus folgt, dass die Eisenbahninfrastrukturunternehmen aufgrund des Schienenwegvorbehaltes ohne eine Änderung des Grundgesetzes dauerhaft grundrechtsverpflichtet bleiben. Sie können regulatorischen Maßnahmen des Staates daher nicht entgegenhalten, dass sie ein Handeln in ihren Freiheitsrechten verletzt. Gelegentlich wird hier in eine andere Richtung argumentiert: die Konzeption des Eisenbahnverfassungsrecht streite für eine Grundrechtsberechtigung der Eisenbahnen des Bundes,

³⁷¹ BVerfGE 128, 226 <245 f.>. Bestätigend: BVerfG, U. v. 6. 12. 2016, 1 BvR 2821/11 u. a., Rn. 190. Zu denkbaren Modellen der Grundrechtsberechtigung/Grundrechtsverpflichtung nach einer immer noch denkbaren Teilprivatisierung vgl. *A. Berger*, Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, 2005, 31 ff.

³⁷² BVerfGE 128, 226 <255>, es bedarf insbesondere keiner gleichgerichteten Interessenslage der öffentlichen Anteilseigner und - erst recht - keine rechtliche Verbindlicherklärung einer solchen Absicht. Hieran setzte bereits senatsintern Kritik an, s. BVerfGE 128, 269 <270 f.> - Abweichende Meinung des Richters *Schluckebier*.

³⁷³ Bestätigend: BVerfG, Urt. v. 6. 12. 2016, 1 BvR 2821/11 u. a. - Atomausstieg unter Verweis auf BVerfGE 15, 256 <262>; 21, 362 <369 f.>.

³⁷⁴ Zusammenfassend auf der Grundlage der Fraport-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: *Tb. Hammer*, DÖV 2011, 761 (765); vorher bereits: *Ch. Enders*, JZ 2011, 511 (578); nunmehr auch *H. Dreier*, in: ders., GG I, Art. 1 III Rn. 73 sowie *E. Gurlit*, NZG 2012, 249 (252).

gerade unter Berücksichtigung dessen, dass insoweit eine grundrechtstypische Gefährdungslage anzuerkennen sei.³⁷⁵ Teilweise wird auch hinsichtlich der Eisenbahnverkehrsunternehmen und der Eisenbahninfrastrukturunternehmen differenziert.³⁷⁶ Oder es erfolgt ein zusätzlicher Rekurs auf die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben bei Eigengesellschaften oder staatlich beherrschten Unternehmen.³⁷⁷

Der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts ist zuzustimmen; ein Ausschluss der Beherrschung durch eine „verliehene Privatautonomie“³⁷⁸ ist nicht anzuerkennen. **Hält der Staat überwiegend die Anteile an einem öffentlichen Unternehmen, so stehen ihm weiterhin Einflussmöglichkeiten auf dieses Unternehmen zu, die einer Entpflichtung von grundrechtlichen Gewährleistungen entgegenstehen. Würde man dies anders sehen, so wäre die „Flucht ins Privatrecht“ in der Tat möglich.** Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Fraport sorgt für hinreichende Klarheit und einen klaren Abgrenzungsmaßstab. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind allenfalls dort anzuerkennen, wo die Grundrechtsberechtigung inländischer juristischer Personen in Rede steht, deren gesellschaftsrechtlichen Anteile mehrheitlich oder vollständig von einem ausländischen Staat gehalten werden.³⁷⁹

³⁷⁵ *Th. Vesting*, in: AK-GG, Art. 87e (2001), Rn. 40; *E. Staebe/Th. Schmitt*, in: dies., Eisenbahn-Regulierungsrecht, Rn. 58 („grundrechtstypische Gefährdungslage“) ebenso *R. Ruge*, AöR 131 (2006), 1 (16); *D. C. Umbach*, in: ders./Clemens, GG, Art. 87e Rn. 20.

³⁷⁶ *K. Ruge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 87e Rn. 5.

³⁷⁷ S. nur *M. Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 103 ff. und S. 148 ff. Nach einem solchen Ansatz sind die Eisenbahnen des Bundes – trotz ihrer staatlichen Beherrschung – grundrechtsberechtigt, da das Erbringen von Eisenbahndienstleistungen nach der eisenbahnverfassungsrechtlichen Konzeption keine Staats- und damit auch keine Verwaltungsaufgabe mehr ist, vgl. dazu auch *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 III, Rn. 97 sowie BVerwGE 114, 160 <160 ff.>; 118, 352 <359>; dazu im Überblick *E. Gurlit*, NZG 2012, 249 (253 f.). Ausdrücklich für die Eisenbahnen des Bundes vgl. nur *R. Ruge*, AöR 131 (2006), 1 (15 f.).

³⁷⁸ *E. Gurlit*, NZG 2012, 249 (253).

³⁷⁹ BVerfG, U. v. 6. 12. 2016, 1 BvR 2821/11 u. a., Rn. 191 ff. **Dort wird nachvollziehbar ausgeführt, dass eine von einem ausländischen Staat gehaltene juristische Person des Privatrechts, die ausschließlich als Wirtschaftssubjekt agiere wie andere, rein private Marktteilnehmer weder unmittelbar noch mittelbar über innerstaatliche Machtbefugnisse verfüge.** Einem solchen Unternehmen drohe insofern eine spezifische Gefährdungssituation, als sie – falls ihr die Berufung auf die Grundrechte völlig versagt bleibt – im Gegensatz zu allen anderen Marktteilnehmern gegenüber

2. Stattdessen: Wirtschaftlichkeitsverpflichtung als subjektiv-öffentliches Recht der Eisenbahnen des Bundes

Statt einer Grundrechtsberechtigung ist als Gegenrecht auf eine Subjektivierung der Wirtschaftlichkeitsverpflichtung zurückzugreifen. Dieses Recht wirkt im Ergebnis wie eine institutionelle Garantie und schützt die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Eisenbahnen des Bundes.³⁸⁰ Sinn und Zweck der funktionalen und organisatorischen Festlegung der Eisenbahnen des Bundes auf „die Führung als Wirtschaftsunternehmen in privat-rechtlicher Form“ ist es, diesem Unternehmen einen Mindestbestand an Autonomie im Sinne einer eigenwirtschaftlichen Handlungsrationalität einzuräumen.³⁸¹ Damit korrespondiert nicht nur ein objektiver Gehalt, sondern die Wirtschaftlichkeitsverpflichtung vermittelt dem jeweiligen Eisenbahnunternehmen ein subjektiv-öffentliches Recht, das im Verwaltungsprozess geltend gemacht werden kann.³⁸² Der Wortlaut der Bestimmung lässt ein solches Recht zwar nicht unbedingt naheliegend erscheinen, aus teleologischen Erwägungen heraus ist eine Subjektivierung dieser primär objektiv-rechtlichen Satzes jedoch geboten.³⁸³ **Ansonsten würden diese Unternehmen weitestgehend schutzlos gegenüber staatlicher Regulierung gestellt und wären nicht in der Lage, ihre Rechte gerichtlich durchsetzen zu können, da es ihnen regelmäßig an einer verwaltungsgerichtlichen Klagebefugnis fehlen würde.**

Konzeptionell stehen die Eisenbahnen des Bundes im Verhältnis zum Bund in einem Gegenverhältnis, trotz der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechte des

staatlichen Eingriffen und wirtschaftslenkenden Maßnahmen, die unmittelbar durch Gesetz erfolgen, rechtsschutzlos ist.

³⁸⁰ Ausführlich *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 (764 ff.), ablehnend: *G. Hermes*, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 38 (Fn. 95). In die hier vertretene Richtung bereits *P. Badura*, FS Großfeld, S. 35 (39), freilich zu Art. 87f GG: „Soweit die öffentlichen Unternehmen des Bundes betroffen sind, können sich diese auf eine ihre Unternehmensfreiheit und Wettbewerbsfreiheit garantierende Rechtsposition aufgrund des Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG berufen. Diese Verfassungsnorm lässt sich in dieser Hinsicht mit der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG vergleichen.“

³⁸¹ *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2006), Rn. 175.

³⁸² *H. Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 87e Rn. 53; *K. Windthorst*, in: Sachs, GG, Art. 87e Rn. 36: grundrechtsgleiches Recht.

³⁸³ Zum Nachstehenden: *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 (764 ff.)

Bundes. Der Bund ist durch das Grundgesetz selbst – wie weiter oben gezeigt – nach Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG zur Sicherstellung einer angemessenen Versorgung mit Eisenbahndienstleistungen angehalten. Aus diesem antagonistischen Verhältnis heraus entsteht die Notwendigkeit, die Eisenbahnen des Bundes mit einem subjektiv-öffentlichen Recht auszustatten. Insofern ist die verfassungsrechtliche Stellung der Eisenbahnen des Bundes in gewisser Weise mit derjenigen der Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG vergleichbar. Die dort festgeschriebene Selbstverwaltungsgarantie wahrt unter anderem die eigenständige Stellung der Gemeinden und Gemeindeverbände gegenüber der restlichen Staatsorganisation.

Auch die Eisenbahnunternehmen sind durch die verfassungsrechtliche Bahnreform in weiten Teilen unabhängig von der staatlichen Organisation geworden und nehmen an einem liberalisierten Eisenbahnmarkt als Akteure teil, der unter der Maßgabe des Art. 87e Abs. 1 GG unter der Aufsicht des Staates steht. **Um die hinreichende Autonomie gewährleisten zu können, müssen auch die Eisenbahnen des Bundes mit eigenen Rechten ausgestattet sein, sie können zur Wahrung ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie die Rechte aus Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG auch klageweise geltend machen.** Die so begründete unternehmerische Freiheit der Eisenbahnunternehmen des Bundes hat demnach allen voran eine rein **institutionelle** Dimension. Die unternehmerische Freiheit der Eisenbahnunternehmen schützt diejenigen Verhaltensweisen, die typischerweise mit der Unternehmensführung eines auf einem Markt agierenden Wettbewerbsteilnehmers verbunden sind. Sie reichen aber nicht weiter als der objektiv-rechtliche Gehalt des Wirtschaftlichkeitsgebotes.³⁸⁴

Die unternehmerische Freiheit der Eisenbahnen gilt nicht schrankenlos.³⁸⁵ Einschränkungen können durch oder auf Grund eines Gesetzes geschehen. Gesetze, die die unternehmerische Freiheit der Eisenbahnunternehmen des Bundes betreffen oder

³⁸⁴ Zu den verschiedenen Ausprägungen dieser Freiheit und zur Frage, ob es sich hierbei um eine Allgemeine Handlungsfreiheit der Eisenbahnen des Bundes handelt: *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 (764 ff.). Aus dem Vorstehenden ergibt sich jedenfalls kein allgemeines Abwehrrecht gegen unrechtmäßiges Verwaltungshandeln. Vielmehr ist nur die unternehmerische Freiheit als solche geschützt. Diese ist zwar als solche umfassend geschützt, bietet aber eben keinen weitergehenden subjektiv-öffentlichen Schutz als denjenigen, der für die Entfaltung unternehmerischer Initiative notwendig ist. Ist eine Tätigkeit nicht prägend für die unternehmerische Entfaltung, so besteht für diese kein verfassungsrechtlicher Schutz.

³⁸⁵ Auch hierzu und zum Folgenden: *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 (764 ff.).

Grundlage für Einzelmaßnahmen sind, müssen ihrerseits mit dem Grundgesetz in formeller und materieller Hinsicht in Einklang stehen. Folge der Ausstattung der Eisenbahnunternehmen des Bundes mit einem eigenen verfassungsrechtlich fundierten Recht ist es, dass zu Ihren Gunsten der Grundsatz gilt, **wonach Eingriffe im Grundsatz nur durch eine Befugnisnorm legitimiert werden können, eine bloße Aufgabenzuweisung genügt gerade nicht.** In den Schutz miteinbezogen sind auch der Vorbehalt des Gesetzes sowie der Vorrang des Gesetzes. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ebenfalls Anwendung. Im Zusammenhang mit dem hiesigen Untersuchungsgegenstand ist zu konstatieren, dass als notwendiges legitimes Ziel einer Einschränkung dieser verfassungsrechtlichen Rechtsposition zuvörderst der Sicherstellungsauftrag nach Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG in Betracht kommt. Bei der anschließenden Abwägung ist miteinzustellen, dass der Bund dieser grundgesetzlichen Verpflichtung unterliegt und diese Verpflichtung auch als Eingriffsrechtfertigung dienen kann. Der Sicherstellungsauftrag aus Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG modifiziert nicht den Gewährleistungsbereich der unternehmerischen Freiheit, sondern bildet ein klassisches Gegenrecht, das geeignet ist, die unternehmerische Freiheit einzuschränken.³⁸⁶ Dabei ist zu beachten, dass Maßnahmen des Staates die Grundentscheidung der Verfassung für die Unabhängigkeit und Gemeinwohlfreiheit der Unternehmen nicht antasten dürfen; daraus folgt ein absoluter Schutz eines Kernbereiches der Autonomie.³⁸⁷

Der Schutz bleibt jedoch geringer als bei der aus dem Berufsgrundrecht abgeleiteten Wirtschaftsfreiheit beziehungsweise Unternehmensfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.³⁸⁸ Begründet liegt dies insbesondere in einem unterschiedlichen Verständnis der Einschränkung: gerade die besondere Zugriffsmöglichkeit des Bundes auf „seine“ Eisenbahnen aus Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG bedeutet in der Sache ein (deutlich) geringere Eingriffsschwelle, sofern es sich um Maßnahmen handelt, die der Bund in Ausfüllung seiner Sicherstellungsverpflichtung trifft. **Auch andere Maßnahmen können leichter einer Rechtfertigung zugänglich sein, wenn man sich vor Au-**

³⁸⁶ Anderer Ansicht: *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 175.

³⁸⁷ *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 177.

³⁸⁸ Auch hierzu: *Th. Hammer*, DÖV 2011, 761 (764 ff.).

gen führt, dass die Eisenbahnen des Bundes eben gerade keinen Grundrechtsschutz für sich reklamieren können, sondern eine Durchgriffsprüfung zeigt, dass der Staat nur die Rechte seiner eigenen verselbständigten Handlungseinheit beschränkt.

II. Grundrechte auf Seiten der nicht-bundeseigenen Eisenbahnunternehmen

Handelt es sich hingegen um private Eisenbahnen, so kommt ohne weiteres die Grundrechte des Grundgesetzes zur Anwendung.³⁸⁹ Hier steht insbesondere die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG in ihrer Ausprägung als unternehmerische Freiheit in Rede. **Unter Umständen kommen auch die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG, die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.**

C. Der staatliche Instrumentenkasten: Privatisierungsfolgenrecht

I. Privatisierungsfolgenrecht als einfach-gesetzliche Handlungsform

1. Begriff des Privatisierungsfolgenrechts

Der Begriff des Privatisierungsfolgenrechts bedarf für die hiesige Untersuchung einer Bestimmung, da er – soweit ersichtlich – nicht einheitlich verwendet wird und demzufolge Ungenauigkeiten in den Schlussfolgerungen auftreten können. Ich verstehe unter dem Topos dasjenige Recht, welches der Staat bereithält oder schafft, um seiner Privatisierungsfolgenverantwortung zu genügen. Mit dieser Definition scheiden zwei mögliche Begriffsverständnisse aus: zum einen klammert mein Verständnis dieses Begriffes bloße Veränderungen **bei der rechtlichen Beurteilung im Einzelfall** aus, zum anderen werden so Verträge und sonstige bilaterale Vereinbarungen ausgeschlossen.

³⁸⁹ Vgl. grundsätzlich zu grundrechtlichen Grenzen staatlicher Regulierung: O. Lepsius, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 4, S. 143 (173 ff.).

Zum besseren Zugriff und zu einer nötigen Reduktion von Komplexität – im Sinne einer Besinnung auf wichtige und grundlegende Rechtssätze des Privatisierungsfolgenrechts – fokussiere ich zudem mich auf das Recht im Range eines Parlamentsgesetzes. Ausgeschlossen ist damit auch die so genannte Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV). Bei dieser handelt es sich um einen Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes – namentlich der DB Netz AG, DB Station&Service AG, DB Energie GmbH – sowie der Deutschen Bahn AG selbst. Dieser Vertrag hat Maßnahmen zum Gegenstand, die der Erhaltung der Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes dienen. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich um solche der Instandhaltung und der Durchführung von so genannten Ersatzinvestitionen. Das sind solche, die nicht um Bedarfsplan des Bundes für die Schienenwege umfasst sind. Sinn und Zweck der LuFV ist die finanzielle Ausstattung der Eisenbahnen des Bundes für bestimmte Infrastrukturmaßnahmen, im Gegenzug sichern diese Unternehmen dem Bund zu, dass das Netz auf einem bestimmten Qualitätsniveau betrieben wird. Sie verpflichten sich, Ersatzinvestitionen in die Schienenwege mindestens in der genannten Höhe vorzunehmen, einen Mindestinstandhaltungsbeitrag zu leisten, einen Eigenbeitrag für die Erhaltung und Modernisierung des Bestandsnetzes einzusetzen und ihre Schienenwege in einem uneingeschränkt nutzbaren Zustand zu erhalten.

Hier sollen nur die gesetzlichen Instrumente einer kurzen Betrachtung zugeführt werden. Damit bleiben auch die Handlungsinstrumente im Einzelfall außer Betracht. Wie bereits weiter oben gezeigt, sind auch Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen bei der Anwendung von gesetzlichen Vorschriften, die der Umsetzung des Sicherstellungsauftrages dienen, an die Beachtung der Vorgaben des Art. 87e Abs. 4 GG gebunden. Behörden und Gerichte sind dazu angehalten, die Wirkmächtigkeit der staatlichen Sicherungsverantwortung umzusetzen und – mit Blick auf die Gerichte – bei der Kontrolle entsprechender verwaltungsbehördlicher Entscheidungen nachzuprüfen, ob die handelnde Behörde die Vorgaben hinreichend berücksichtigt hat. Das gilt auch dann, wenn ein Gericht eines Landes handelt, das nicht unmittelbar an Art. 87e Abs. 4 GG gebunden ist. Im Rahmen der Rechtskontrolle darf das

Gericht die Vorschrift nicht ausblenden, kontrolliert es doch gerade die Rechtsanwendung einer Behörde, die an dieses Recht unmittelbar gebunden ist.

Soweit immer wieder darauf rekuriert wird, dass der Sicherstellungsauftrag auch durch eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Einwirkung bei der Deutsche Bahn AG erfüllt werden kann, so ist dem eine Absage zu erteilen³⁹⁰: obwohl gesellschaftsrechtlich verbunden, so stehen sich nach hiesigem Verständnis der grundgesetzlichen Konzeption Bund und Deutsche Bahn AG antagonistisch gegenüber. Dem Bund ist es daher untersagt, durch Mitwirkungsrechte zu einer Erfüllung des Sicherstellungsauftrages zu gelangen. Die Deutsche Bahn AG ist zwar mit herausgehobener Stellung als Eisenbahn des Bundes in Art. 87e Abs. 4 GG platziert, jedoch kann der Bund seinen Sicherstellungsauftrag nur durch Maßnahmen „von Außen“ erfüllen – primär durch das Regulierungsrecht.

Das Privatisierungsfolgenrecht ist von den bloßen Privatisierungsfolgen abzugrenzen: hierbei handelt es sich - im Anschluss an die Diktion von *Burgi* - um „unweigerlich ergebende[...], also nicht gestaltbare[...] Folgen einer durchgeführten Privatisierung.“³⁹¹ Diese Folgen sollen hier außer Betracht bleiben, da aus ihnen gerade nicht offensichtlich wird, dass der Staat - um seiner Privatisierungsfolgenverantwortung zu genügen - das Recht in bestimmten Bereichen verändern und anpassen muss, um unerwünschte Effekte einer Privatisierungsentscheidung einzudämmen und dem Ziel der Privatisierung zur Erfüllung zu verhelfen. Geprägt ist mein Verständnis aber auch selbstverständlich – das ist bereits weiter oben angeklungen – dahingehend, dass Privatisierungsfolgenrecht auch solche Regelungen mit **einschließt**, welche vom Gesetzgeber, sei es in Entsprechung europarechtlicher Vorgaben oder aus eigenem gesetzgeberischen Willen heraus, geschaffen wurde, um einer nach der gewählten deutschen Konzeption mit der Privatisierung einhergehenden Liberalisierung ein taugliches Rechtskorsett zu verleihen, welches dafür sorgen muss, dass der Wettbewerb im Eisenbahnsektor nicht nur ein bloß auf dem Papier vorhandener politischer Wille bleibt, sondern mit Leben gefüllt wird.

³⁹⁰ S. nur *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2017), Rn. 88 ff. m. w. N.

³⁹¹ *M. Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 67. DJT, Gutachten D, S. 12.

2. Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Eisenbahnsektor

Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Eisenbahnsektor sind – als eine Folge der verfassungsrechtlichen Bahnreform – nicht einheitlich geregelt. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 23 GG unterliegen Schienenbahnen, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind, der konkurrierenden Gesetzgebung. Die speziellere Regelung in Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG überstellt dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für den Verkehr von Eisenbahnen des Bundes, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen, den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen der Eisenbahnen des Bundes sowie die Erhebung von Entgelten für die Benutzung ebendieser Schienenwege. Daneben enthält auch Art. 87e GG selbst Kompetenztitel für eine Bundesregelung: nach Art. 87e Abs. 1 Satz 2 GG können Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung den Ländern als eigene Angelegenheit übertragen werden. Weiterhin sieht Art. 87e Abs. 4 Satz 2 GG vor, dass die nähere Ausgestaltung der verfassungsrechtlich niedergeschriebenen Gewährleistungsverantwortung des Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG durch Bundesgesetz vorgenommen werden kann.

3. Marktregulierung durch Recht

a) Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes

Wendet man sich der Idee der Marktregulierung durch rechtliche Maßnahmen zu, so stellt sich zunächst die klassische Frage, ob das Grundgesetz selbst eine Entscheidung für eine Wirtschaftspolitik beziehungsweise eine Marktordnung enthält. Das ist nicht der Fall. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist von einer wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes auszugehen.³⁹² Zwar kann man aus den Wirtschaftsgrundrechten eine gewisse Affinität zum Wettbewerbsprinzip ableiten.³⁹³ Jedoch resultiert auch hieraus keine Systemprägung. Das System der sozialen Marktwirtschaft in der Bundesrepublik existiert in den Grenzen des Grundgesetzes,

³⁹² Vgl. BVerfGE 4, 7 <17>; 50, 290 <336>.

³⁹³ So zu Recht: M. Ronellenfitsch, DVBl. 2002, 657 (663); ähnlich: F. Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, S. 586 ff.

ist aber nicht durch diese festgelegt.

b) Regulierung und Regulierungssubjekte

Kommt die Rede auf die Betätigung des Staates im Zusammenhang mit der Verwaltung von Märkten, die liberalisiert beziehungsweise privatisiert worden sind, wird für die staatliche Verwaltungstätigkeit vornehmlich auf den Begriff der Regulierung zurückgegriffen.³⁹⁴ Anders als in der US-amerikanischen Tradition der Regulation ist damit nicht angesprochen, dass die mit der Wirtschaftsaufsicht befassten Stellen zwingend einer Weisungsfreiheit³⁹⁵ unterliegen.³⁹⁶

Vielmehr stellt die Regulierung eine bestimmte Form, einen Unterfall der allgemeinen Wirtschaftsaufsicht dar, die vornehmlich durch die ihr zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente wie auch dadurch abgrenzt werden kann, dass die Schaffung von Wettbewerb typischerweise eines ihrer Ziele ist.³⁹⁷ Der dieser Arbeit zugrunde liegende Regulierungsbegriff ist weit gefasst und meint jegliches staatliches Handeln, welches verschiedene rechtlich geschützte Interessen von Marktbeteiligten - seien es nun Anbieter oder Konsumenten - ordnet und einem schonenden, wettbewerbsgewährleistenden Ausgleich zuführt.³⁹⁸ Regulierung beschränkt sich damit im Gegensatz zu den kartellrechtlichen Einflussmöglichkeiten nicht auf die Sanktion von wettbewerbschädigendem Verhalten, sondern wirkt vor allem präventiv im Hinblick auf eine Gewährleistung von Wettbewerbsstrukturen, so dass es erst gar nicht zu Wettbewerbsverzerrung kommt.

Betrachtet man Regulierung und Regulierungsrecht mit etwas Abstand und blickt

³⁹⁴ Zur Herausbildung eines „Regulierungsverwaltungsrechts“ s. J. Masing, Die Verwaltung 36 (2003), 1 (1 ff.); A. Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), 266 (266 ff.).

³⁹⁵ Der Bundesnetzagentur kommt zwar Unabhängigkeit zu, die aber nicht gleichbedeutend mit einer Weisungsfreiheit ist.

³⁹⁶ Zur US-amerikanischen Tradition s. J. Masing, Die Verwaltung 36 (2003), 1 (1 ff.).

³⁹⁷ S. auch P. Badura, FS Großfeld, S. 35 (40); Th. v. Danwitz, DÖV 2004, 977 (977).

³⁹⁸ Vgl. auch J. A. Kämmerer, DVBl. 2008, 1005 (1005 m. Anm. 4). Zur möglichen Weite des Regulierungsbegriffes s. nur J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 11 ff. m. w. N., auch zu engeren Begriffsverständnissen, dort (a. a. O., S. 20 ff.) auch zu näheren Ausdifferenzierungen des Regulierungsbegriffs.

sie in das Gesamtsystem ein, so kann man festhalten, dass die Handlungsform der Regulierung ein wesentliches Merkmal derjenigen Marktsektoren ist, die zwar öffentlich relevante Dienstleistungen umfassen, in welchen sich aber der Staat nicht oder nicht mehr selbst zur Erfüllung dieser Dienstleistungen betätigt, aber durch Regulierung darauf hinwirkt, dass die im Markt tätigen gesellschaftlichen Kräfte für eine gemeinwohlgeeignete Erfüllung dieser Dienstleistungen sorgen und dass ein funktionsfähiger Wettbewerb um diese Dienstleistungen stattfindet, der die gesellschaftlichen Fähigkeit - jedenfalls als Zielvorstellung - optimal zur Geltung bringt.³⁹⁹ Kurzgefasst ist die Herstellung von Wettbewerb – **wie auch die Wahrung von Transparenz und Leistungsfähigkeit des Regulierungsmarktes** – die Aufgabe der regulierenden Verwaltung.⁴⁰⁰ Eine solche Regulierung umfasst naturgemäß nicht nur vollständig private Kräfte, sondern der Staat reguliert auch in einem Marktsystem solche privaten Wirtschaftsunternehmen, welche organisatorisch vollständig vom Staat getrennt sind, keinen Rationalitäten des Gemeinwohls unterworfen sind, aber welche trotzdem zu Teilen oder vollständig im Eigentum des Staates stehen können.⁴⁰¹ Das ist letztlich eine Konsequenz aus einer Aufgabenprivatisierung in Kombination mit einer verfassungsrechtlich legitimierten Betätigung des Staates als Anteilseigner.

c) Idee der staatlichen Regulierung als Privatisierungsfolgenrecht und das Ziel: Schaffung eines funktionstüchtigen Wettbewerbs

Das Privatisierungsfolgenrecht lebt von der Idee der Regulierung privatwirtschaftlicher Tätigkeit. Regulierungsrecht bietet den zur Entscheidung berufenen Behörden die notwendigen Rechtsgrundlagen, um die bestehende staatliche Verantwortung umzusetzen und sowohl systematisch wie auch im Einzelfall dafür Sorge tragen zu können, dass die Privatisierungsfolgen nicht zu einer Verschlechterung der gesellschaftlichen Versorgung führen. Grundlegend damit ist verbunden, dass die bestehenden

³⁹⁹ Ähnlich P. Badura, FS Rengeling, S. 3 (9).

⁴⁰⁰ Zum Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe: Ch. Koenig, DVBl. 2009, 1082 (1082 ff.).

⁴⁰¹ Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung identischer Wettbewerbsbedingungen bei der Marktbeteiligung von staatlichen oder staatsnahen Unternehmen s. nur M. Febling, Möglichkeiten und Grenzen, in: Schwarze, Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, S. 195 (195 ff.).

Staatsmonopolisten privatisiert wurden und sie einem durch Regulierung geschaffenen oder jedenfalls unterstützten Wettbewerb auf einem privatwirtschaftlichen Markt zugeführt werden sollten und dadurch der Missbrauch ihrer bestehenden Monopolstellung verhindert werden soll.⁴⁰² Durch die Idee einer Regulierung privater Unternehmung wird auch deutlich, dass damit die Schaffung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe verbunden ist.⁴⁰³ Die vormalis leistende Verwaltung wird dadurch – **ganz im Sinne der Sicherstellungs- und/oder Gewährleistungsverantwortung** – zum Garanten für einen Wettbewerb, der die vormalige Staatsaufgabe in nunmehr gesellschaftlicher Hand zum besten Gelingen anleiten soll.⁴⁰⁴ Verfassungsrechtlich ist das abstrakt nicht zwingend vorgegeben: das Grundgesetz enthält weder eine positive Ordnungsentscheidung für den Wettbewerb, noch eine negative.⁴⁰⁵ Diese übergreifende, abstrakte Betrachtungsweise muss jedoch mit Blick auf Geschichte, Systematik und Sinn und Zweck des Art. 87e GG punktuell anders ausfallen **als dies bei Art. 87f GG der Fall ist**. Als sektorspezifische Besonderheit ist zu erkennen, dass die Herstellung eines funktionstüchtigen Wettbewerbs gerade das verfassungsrechtlich angeleitete Erfüllungsprogramm der Sicherstellungsverantwortung ist.⁴⁰⁶

4. Regulierung durch Gesetz: Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) und Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG)

Das Eisenbahnrecht ist nach dem hier zu Grunde gelegten Verständnis in gewissen Teilen das sektorspezifische Verwaltungsrecht zur einfach-gesetzlichen Umsetzung des verfassungsrechtlichen Sicherstellungsmaßstabes.⁴⁰⁷ Mit den typischen Instru-

⁴⁰² R. Michalczyk, Europäische Ursprünge, S. 1; Rückgriff auf M. Bullinger, DVBl. 2003, 1355 (1355).

⁴⁰³ Vgl. J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung, S. 16 ff. m. w. N.

⁴⁰⁴ Zu den regulierungsrechtlichen Instrumenten: H.-D. Horn, FS Frotscher, S. 379 (391 ff.).

⁴⁰⁵ M. Bäcker, Wettbewerbsfreiheit, S. 109 ff.

⁴⁰⁶ Vgl. M. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87e (2006), Rn. 14.

⁴⁰⁷ Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch noch das Bundesschienenwegeausbaugesetz vom 15. 11. 1993 (BGBl. I S. 1874), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. 12. 2016 (BGBl. I S. 3221) geändert worden ist. Durch dieses Gesetz wird eine Bedarfsplanung für den Ausbau von Schienenstrecken festgelegt. Man kann dies mit guten Gewissen als Förderung des Sicherstellungsauftrages durch Finanzierung bezeichnen.

menten des Gewährleistungsverwaltungs- oder Regulierungsrechts soll eine Rahmenordnung geschaffen werden, die dazu geeignet ist, die Vorgaben der verfassungsrechtlichen Sicherstellungsverantwortung zu verwirklichen.⁴⁰⁸ Die Regelungen finden sich im Wesentlichen im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) sowie nunmehr im Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG). Zunächst waren sämtliche regulierungsrechtliche Vorschriften im AEG enthalten. Durch das neue ERegG⁴⁰⁹ ist eine gewisse Splittung festzustellen, nunmehr finden sich die allermeisten Vorschriften, die der Umsetzung des Sicherstellungsauftrages durch Regulierung dienen im ERegG.⁴¹⁰ Im ERegG finden sich vor allem nun die Vorschriften zum Zugang zu Bahneinrichtungen und zu sonstigen Leistungen (§§ 10 f. ERegG) und zentral die Vorschriften zur Entgeltregulierung und zur Zuweisung von Kapazitäten im Eisenbahnbetrieb (§§ 18 ff. ERegG). Trotz der unionsrechtlichen Fundierung vieler der im ERegG normierten Regulierungsmaßnahmen ist bei einer Auslegung im Einzelfall durch Behörden und Gerichte neben den unionsrechtlichen Implikationen immer auch der verfassungsrechtliche Sicherstellungsauftrag zu berücksichtigen, sofern dieser nicht den unionsrechtlichen Regelungsaufträgen widerspricht.

⁴⁰⁸ G. Hermes, Eisenbahnrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BVwR I, § 25 Rn. 2.

⁴⁰⁹ Anzumerken ist hier, dass der Bundesgesetzgeber hier in weiten Teilen die zur Umsetzung anstehende EU-Richtlinie wortgetreu übernommen hat: „Bei der Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht werden Systematik und soweit wie möglich der Wortlaut der Richtlinie beibehalten. D. h. die Vorschriften der Richtlinie werden grundsätzlich in der Reihenfolge der Richtlinie in das ERegG übernommen und alle nationalen Vorschriften, die dieselbe Regelungsmaterie betreffen, aufgehoben.“ (BR-Drs. 22/16, S. 127). Angesichts dessen muss die Frage gestellt werden, in welchem Umfang die Vorschriften des ERegG überhaupt einer verfassungsrechtlichen Kontrolle zugänglich sind. Das ist nur im Einzelfall zu entscheiden. **Die Arbeit befasst sich jedoch mit der dogmatischen Grundlagen einer verfassungsrechtlichen Sicherstellungspflicht; eine Erörterung der Vorschriften des Eisenbahnregulierungsgesetzes ist demgegenüber nicht vorgesehen.**

⁴¹⁰ Das AEG enthält zur Erfüllung der Sicherstellungsverantwortung im Wesentlichen nur noch die Ermächtigung zur Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Leistungen nach § 15 AEG. Die Ziele der Regulierung finden sich in § 3 ERegG.

Zusammenfassung in Thesen

1. Das mitgliedstaatliche Eisenbahnrecht ist zu einem beträchtlichen Umfang bereits durch Vorgaben des Europarechts vorgeprägt. Insbesondere die Ausgestaltung eines wettbewerblichen Umfelds zur Erbringung von Eisenbahndienstleistungen in einem liberalisierten, europäischen Binnenmarkt gibt den Mitgliedstaaten eine Systemsentscheidung vor, an deren Maßgaben sich der jeweilige Umsetzungsgesetzgeber zu orientieren hat. Übergreifendes politisches Ziel der Europäischen Union ist es, die Wettbewerbsbezogenheit des europäischen Eisenbahnmarktes zu fördern. Primärrechtlich darf zudem nicht aus dem Blick geraten, dass es sich bei Eisenbahndienstleistungen im Grundsatz um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, die gewissen Sonderregelungen unterworfen sind.
2. Bei der Reichweite der unionsrechtlichen Kompetenz ist zu beachten, dass hierbei auch ausdrücklich die Besonderheiten des Verkehrs zu beachten sind. In diesem Zusammenhang ist sodann festzuhalten, dass solche Besonderheiten auch dahingehend festzustellen sind, dass sowohl die langjährige Prägung verschiedener Mitgliedstaaten hinsichtlich einer Staatsbahnstruktur wie auch die Üblichkeit so genannter integrierter Eisenbahnunternehmen berücksichtigungsfähig sind.
3. Die Konfliktlinien des nationalen Eisenbahnrechts – insbesondere des deutschen Eisenbahnverfassungsrechts – sind zu beachten und hieraus methodische Konsequenzen zu ziehen. Vergegenwärtigt man sich, dass das Eisenbahnverfassungsrecht vor allem in Art. 87e GG sich nicht als Umsetzungsgesetzgebung versteht, so verflüchtigt sich mancher Gedanke. In Bewahrung der Tradition seit der Weimarer Reichsverfassung ist die Niederschrift wesentlicher Grundregeln des staatlichen Eisenbahnwesens Ausdruck deutscher Verfassungstradition. Hieraus folgt aber auch, dass diese Niederschrift eine lückenhafte ist: sie nimmt maßgeblich – neben der Regelung verwaltungsorganisatorischer Belange – nur die Ausgestaltung der Rechtsstellung der Staatsbahn (Weimarer Reichsverfassung/Grundgesetz vor 1993/1994) beziehungsweise der organisationsprivatisierten Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundesbahn (Grundgesetz nach

1993/1994) in den Blick. Unions- und nationales Verfassungsrecht haben damit einen bereits anfänglich unterschiedlichen Regelungswillen; Grundgesetz wie Unionsrecht sind nicht aufeinander bezogen. Weiterhin bleibt das Unionsrecht mit Anwendungsvorrang ausgestattet, was jedenfalls bei einer gedanklichen Kontrolle der Ergebnisse aus einer Auslegung des Rechts der Mitgliedstaaten immer berücksichtigen muss.

4. Der mit Spannungen behaftete Gesetzgebungsprozess für die verfassungsrechtliche Bahnreform hat mit Art. 87e GG zu einer kompromisshaften Norm geführt, die mit zahlreichen Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten behaftet ist. Notwendig für eine konsistente Bestimmung der Privatisierungsfolgenverantwortung des Bundes aus Art. 87e Abs. 4 GG ist demnach zunächst die Bestimmung eines eisenbahnverfassungsrechtlichen Koordinatensystems, in die sich diese Verantwortung einfügen muss.
5. Zunächst lohnt aber ein Blick in die Vergangenheit: die Ausgestaltung des staatlichen Eisenbahnwesens vor der Bahnreform und insbesondere die dort verankerte faktische Monopolstellung der Deutschen Bundesbahn ist entscheidend für die Extrahierung einer allgemeinen verfassungsrechtlichen Sicherstellungsverantwortung, die ihre gesetzliche Ausgestaltung dann in Art. 87e Abs. 4 GG gefunden hat.
6. In der Folge ist ein Koordinatensystem des Eisenbahnverfassungsrechts zu bestimmen, welches Grundlage für die weitere rechtliche Prüfung ist. Die Bahnreform der Jahre 1993/1994 hatte einen Systemwechsel zur Folge: Eisenbahnverkehr und –infrastruktur sind nicht mehr Ausdruck staatlicher, verwaltungsbehördlicher Leistungserbringung, sondern sind nunmehr der Gesellschaft überlassen. Sie bleiben öffentliche Aufgabe, verlassen aber die Sphäre der Staatsaufgaben. Das Monopol wird abgeschafft; eine Liberalisierung tritt ein. Dem Bund verbleibt die Eisenbahnverkehrsverwaltung durch verschiedene Behörden. Diese Beobachtung greift jedoch nur Raum für die Infrastruktur und den Schienenfernverkehr. Soweit der Schienenpersonennahverkehr betroffen ist, bleibt

der Staat Aufgabenträger. Hier hat eine Regionalisierung dergestalt stattgefunden, dass hier die Aufgabenträgerschaft auf die Länder übergegangen ist, die die regionalen Verkehrsbedürfnisse durch Ausschreibungen befriedigen.

7. Eine Besonderheit ist entstanden: die Deutsche Bahn AG mit ihren Konzern-töchtern als „Eisenbahnen des Bundes“. **Es handelt sich um eine durch das Grundgesetz legitimierte wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.** Das Unternehmen ist vollends organisationsprivatisiert; eine Kapitalpri-vatisierung ist bislang nicht geschehen. Das Grundgesetz erlaubt diese zwar grundsätzlich, jedoch nur nach einer differenzierten Regelung: handelt es sich um Verkehrsunternehmen, so steht dem Bund die Möglichkeit der vollständigen Kapitalprivatisierung offen. Ist dagegen ein Infrastrukturunternehmen – klassi-scherweise die DB Netz AG mit ihrer Trassenverantwortung – betroffen, so müssen diese Unternehmen bei einer Kapitalprivatisierung mehrheitlich im Ei-gentum des Bundes verbleiben. Dieser Schienenwegvorbehalt ist ein Ergebnis der schwierigen Verhandlungen im Gesetzgebungsverfahren. Das Grundgesetz enthält – auch nicht nach einer Auslegung unter Berücksichtigung der Aufga-benprivatisierungsvorgabe – keine Verpflichtung zu einer Kapitalprivatisierung. Ob die Sicherstellungsverantwortung aus Art. 87e Abs. 4 GG in bestimmten Fällen einer Kapitalprivatisierung entgegenstehen kann, ist aber erörterungsbe-dürftig.
8. Die Arbeit fragt nach staatlicher Verantwortung, speziell nach einer verbleiben-den Sicherstellungsverantwortung des Bundes. Nach der hiesigen Konzeption ist dabei zunächst zu klären, die das Verhältnis zwischen Bund, Deutscher Bahn AG und Gesellschaft nunmehr ausgestaltet ist. In welchem Umfang wurde pri-vatisiert? Ins Werk gesetzt wurde eine vollständige Organisationsprivatisierung, eine Kapitalprivatisierung unterblieb bislang. Ausschlaggebend für die hier vor-genommene Untersuchung ist jedoch der Grad der Aufgabenprivatisierung.
9. Durch die verfassungsrechtliche Bahnreform wurde eine vollständige Aufgaben-privatisierung hinsichtlich des Personenfernverkehrs und der Eisenbahninfra-

struktur ins Werk gesetzt. Hieraus folgt, dass die Eisenbahnen des Bundes keinerlei Gemeinwohlverpflichtung mehr unterliegen. Zudem folgt hieraus ein Betätigungsverbot des Bundes in diesen Aufgabenfeldern. Die vormalige Staatsaufgabe wurde der Gesellschaft zur Erfüllung überlassen. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass sich der Bund durch die Deutsche Bahn AG im Eisenbahnssektor weiterhin wirtschaftlich betätigt. Damit geht ein verwaltungsrechtlicher Aufgabenwandel einher. Eine Gemeinwohlverpflichtung der Privaten wird durch diese Aufgabenprivatisierung nicht begründet. Die Aufgabenwahrnehmung erfolgt aus rein wirtschaftlichen Motiven. Die Eisenbahndienstleistungen wurden auf diese Weise zu einem marktgängigen Gut.

10. Die Arbeit stützt sich im Wesentlichen auf den Begriff der Sicherstellungsverantwortung. Dieser ist abzugrenzen von der Gewährleistungs- und der Infrastrukturverantwortung. Eine Sicherstellungsverantwortung entsteht nach der hiesigen Konzeption dann, wenn eine vormalig in monopolistischer Manier betriebene Staatsaufgabe, gerade wenn es sich um eine Dienstleistung von öffentlicher Relevanz handelt, einer Aufgabenprivatisierung mit damit verbundener Liberalisierung zugeführt wurde. Aus einem Vertrauensschutzargument heraus entsteht durch diese Aufgabenprivatisierung eine verfassungsrechtlich fundierte Sicherstellungsverantwortung. Der Staat wird hierdurch zu einer Privatisierungsnachsorge verfassungsrechtlich angehalten.
11. Der Umfang der auf diese Weise entstehenden Sicherstellungsverantwortung kann nicht aus dem Verfassungsrecht heraus bestimmt werden. Das Verfassungsrecht legt lediglich die Grundlage für die Ausdifferenzierung durch eine planerische Abwägungsentscheidung. Verpflichtet ist der vormalige Erfüllungsverantwortliche, der durch sein Monopolhandeln den Vertrauenstatbestand gesetzt hat. Es handelt sich um eine objektive Verfassungsrechtspflicht, die keiner Subjektivierung zugänglich ist. Eine Ewigkeitshaftung des Staates entsteht nicht. Vielmehr ist das Sicherstellungsniveau hinreichend flexibel und richtet sich an der aktuellen Leistungsfähigkeit des privatisierten Sektors aus. Auch ein Erlöschen der Verpflichtung ist denkbar.

12. Bei der in Art. 87e Abs. 4 GG niedergeschriebenen Verantwortung des Bundes handelt es sich um einen verfassungsrechtlich normierten Fall einer solchen Sicherstellungsverantwortung. Es handelt sich hierbei nicht nur um eine politische Verantwortlichkeit, sondern vielmehr um eine obligatorische Staatsaufgabe. Adressat der Norm ist ausschließlich der Bund. Die Eisenbahnen des Bundes sind lediglich Handlungsobjekt, aber keine Adressaten der Vorschrift. Im Einklang mit der allgemeinen Konzeption einer Sicherstellungsverantwortung folgen auch aus Art. 87e Abs. 4 GG keinerlei subjektiv-öffentliche Rechte.
13. Zwei Funktionen der Vorschrift sind zu erkennen: zum einen dient sie zur Programmierung staatlicher Privatisierungsfolmaßnahmen. Zum anderen stellt sie eine Legitimationsnorm im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung zur Verfügung. Bei der Sicherstellungsentscheidung handelt es sich um eine planerische Abwägungsentscheidung, die verschiedentliche Aspekte zur optimalen Geltung bringen soll.
14. Den Eisenbahnen des Bundes stehen Grundrechte nicht zur Seite, vielmehr bekommen sie ein Abwehrrecht aus der Wirtschaftlichkeitsverpflichtung des Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG. Private Eisenbahnen können sich auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen, sofern die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG vorliegen.
15. Diese verfassungsrechtlichen garantierten Rechte begrenzen die Regulierungskompetenzen des Bundes. Im Einzelfall sind sie Basis der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.
16. Der Sicherstellungsauftrag wird mit Blick auf die Umsetzung im einfachen Recht im Wesentlichen durch regulierungsrechtliche Vorschriften geleistet, die dazu bestimmt sind, einen funktionierenden Wettbewerb ins Werk zu setzen. Im Bereich des Eisenbahnsektors wird diese vor allem durch das Eisenbahnregulierungsgesetz sowie ergänzend durch das Allgemeine Eisenbahngesetz geleistet.

Literaturverzeichnis

- Aberle, Gerd*, Motive und Instrumente der Bahnreform von 1994, in: Miram/Schmoeckel (Hrsg.), Eisenbahn zwischen Staat und Markt in Vergangenheit und Gegenwart, Tübingen 2015, S. 49.
- Aebringhaus, Stefan*, Netzzugangsregelungen und ihre behördliche Durchsetzung. Eine vergleichende Analyse der eisenbahn-, telekommunikations- und energierechtlichen Netzzugangsregelungen und der zu ihrer Durchsetzung geschaffenen behördlichen Regulierungsbefugnisse unter besonderer Berücksichtigung des nationalen und europäischen Kartellrechts, Münster 2003.
- Albach, Horst*, Privatisierung und Deregulierung im Verkehrssektor am Beispiel der Bahnreform, ZögU 1998, S. 331–341.
- Amann, Karsten*, Die funktionelle Trennung von Infrastruktur und Betrieb im Eisenbahnwesen. Öffentlich-rechtliche Vorgaben - gesellschaftsrechtliche Konsequenzen, Hamburg 2008.
- Anderheiden, Michael*, Gemeinwohl in Republik und Union, Tübingen 2006.
- Andresen, Ole Marquard*, Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau versorgungspolitisch motivierter Marktinterventionen. Ein Beitrag zum nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Liberalisierungsdruck und zu seiner Durchsetzung im Bereich der existenziellen Grundversorgung, Berlin 2005.
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., Aalen 1933.
- Arndt, Felix*, Vollzugssteuerung im Regulierungsverbund – Eine Typologie der Verwaltungskooperationsformen am Beispiel des Energiesektors, Die Verwaltung 39, S. 100–118.
- Arnold, Rainer*, Das Sicherstellungsgebot des Art. 87e IV GG im Bereich des Schienenfernverkehrs, in: Michael Wollenschläger/Eckhard Kreßel/Johann Egger (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Kultur. Herausforderungen an Staat und Gesellschaft im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Hans Hablitzel zum 60. Geburtstag, Berlin 2005, S. 33.
- Bäcker, Matthias*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht. Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts des Konkurrenten gegen eine Subvention, Baden-Baden 2007.
- Badura, Peter*, Das öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt, ZGR 1997, S. 291.
- Badura, Peter*, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963.
- Badura, Peter*, Die Verfassungsgarantie und der Staatsvorbehalt für das Schienennetz der Eisenbahn des Bundes, in: Jörn Ipsen/Bernhard Stürer (Hrsg.), Europa im Wandel. Festschrift für Hans-Werner Rengeling zum 70. Geburtstag am 25. Februar 2008, Köln 2007, S. 3.
- Badura, Peter*, Privatisierung von Aufgaben der Leistungsverwaltung, in: Rainer

- Grote/Ines Härtel/Karl-Eberhard Hain/Thorsten Ingo Schmidt/Thomas Schmitz/Gunnar Folke Schuppert/Christian Winterhoff (Hrsg.), *Die Ordnung der Freiheit*, Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2007, S. 325
- Badura, Peter*, Rechtsfragen der Telekommunikation, in: Bernd Becker/Hans-Peter Bull/Otfried Seewald (Hrsg.), *Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag*, Köln 1993, S. 877.
- Badura, Peter*, Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich der Post und der Telekommunikation, in: Ulrich Hübner/Werner F. Ebke (Hrsg.), *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg 1999, S. 35.
- Badura, Peter*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung der Daseinsvorsorge, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts*, Baden-Baden 2001, S. 25.
- Bardt, Hubertus/Puls, Thomas*, Markt und Staat im Schienenverkehr – Die Führung der DB als Wirtschaftsunternehmen, in: Miram/Schmoeckel (Hrsg.), *Eisenbahn zwischen Staat und Markt in Vergangenheit und Gegenwart*, Tübingen 2015, S. 67.
- Bartosch, Andreas/Jaros, Krzysztof*, Die Regulierung des Eisenbahnwesens in Deutschland. Eisenbahn-Bundesamt vs. Bundeskartellamt?, *WuW* 2005, S. 15.
- Battis, Ulrich/Kersten, Jens*, Die Deutsche Bahn AG als staatliches Wirtschaftsunternehmen zwischen Grundrechtsverpflichtung, Gemeinwohlaufrag und Wettbewerb, *WuW* 2005, 493.
- Battis, Ulrich/Kersten, Jens*, Die Deutsche Bahn AG als staatliches Wirtschaftsunternehmen zwischen Grundrechtsverpflichtung, Gemeinwohlaufrag und Wettbewerb, *WuW* 2005, S. 493.
- Bauer, Hartmut*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *VVDStRL* 54 (1995), 243.
- Bauer, Stefan*, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages, Baden-Baden 2008.
- Becker, Joachim*, Materielle Wirkung von Kompetenz-, Organisations- und Zuständigkeitsregelungen des Grundgesetzes?, *DÖV* 2002, S. 397.
- Benz, Angelika*, Privatisierung und Deregulierung – Abbau von Staatsaufgaben?, *Die Verwaltung* 28 (1995), 337
- Benz, Hanspeter*, Postreform II und Bahnreform - Ein Elastizitätstest für die Verfassung? Zu den Folgen der Neuregelungen in Art. 143a und 143b GG, *DÖV* 1995, S. 679.
- Berger, Ariane*, Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, Baden-Baden 2006.
- Berringer, Christian*, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, München 2004.

- Berschin, Felix*, Zur Trennung von Netz und Betrieb der Deutschen Bahn AG aufgrund des europäischen Eisenbahnpakets, DVBl. 2002, 1079.
- Brandenberg, Alexandra*, Entwicklungen in der Eisenbahnregulierung aus europäischer Sicht, EuZW 2009, 359
- Brehme, Julia*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, Tübingen 2010.
- Bremer, Eckhard*, Gewährleistungsverantwortung als Infrastrukturverantwortung am Beispiel der Eisenbahnreform in Deutschland, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat. Ein Leitbild auf dem Prüfstand. Baden-Baden 2005, S. 127.
- Brenner, Michael*, Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120 (2005), S. 248.
- Brenner, Michael*, Staatsaufgaben. In: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 25, S. 837.
- Britz, Gabriele*, "Kommunale Gewährleistungsverantwortung" - Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?, VerwArch 37 (2004), S. 145.
- Britz, Gabriele*, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, EuR 2006, S. 46.
- Brosius-Gersdorf, Frauke*, Wettbewerb auf der Schiene?, DÖV 2002, 275.
- Broß, Siegfried*, Daseinsvorsorge - Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874.
- Bull, Hans-Peter*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg i. Ts. 1977.
- Bull, Hans-Peter*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch 81 (1995), S. 621.
- Bullinger, Martin*, Regulierung als modernes Instrument [zu] zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, DVBl. 2003, S. 1355.
- Burger, Benedikt*, Zuständigkeit und Aufgaben des Bundes für den öffentlichen Personenverkehr nach Art. 87e GG, Baden-Baden 1998.
- Burgi, Martin*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1997, S. 261.
- Burgi, Martin*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. Staatsaufgaben-dogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht, Tübingen 1999.
- Burgi, Martin*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601.
- Burgi, Martin*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben - Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf. Gutachten D zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, München 2008.
- Burgi, Martin*, Privatisierung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch

- des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 75, S. 205.
- Burgi, Martin*, Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionswettbewerb, *VerwArch* 93 (2002), S. 255.
- Burmeister, Corinna*, Der Wettbewerb der Eisenbahnen im europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2001.
- Butzer, Hermann*, Sicherstellungsauftrag, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates*, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 74, S. 161.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 4. Auflage, München 2011.
- Cannivé, Klaus*, Der Staat als Aktionär - Zu Möglichkeiten und Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Steuerung im gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, *NZG* 2009, S. 445.
- Cannivé, Klaus*, *Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt. Eine verfassungsrechtliche Analyse des Universaldienstkonzepts im TKG*, Berlin 2001.
- Cornils, Matthias*, Staatliche Infrastrukturverantwortung und kontingente Marktvoraussetzungen. Unter besonderer Berücksichtigung des Universaldienstes für Telekommunikationsdienstleistungen, *AöR* (2006), S. 378.
- Cremer, Hans-Joachim*, Regulierung und Freiheit, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, § 5, S. 212.
- Danwitz, Thomas von*, Was ist eigentlich Regulierung?, *DÖV* 2004, S. 977.
- Denninger, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare*, 3. Auflage, Neuwied 2001.
- Denninger, Erhard et al.* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare*, 3. Auflage, Neuwied am Rhein 2001.
- Di Fabio, Udo*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, *JZ* 1999, S. 585.
- Dietrich, Reinhard*, Anfang und Ende von Eisenbahninfrastruktur, *DVBl.* 2007, S. 657.
- Dittmann, Armin*, Bundeseigene Verwaltung durch Private?, *Die Verwaltung* 8 (1975), S. 431.
- Dittmann, Armin*, *Die Bundesverwaltung. Verfassungsrechtliche Grundlagen, grundgesetzliche Vorgaben und Staatspraxis ihrer Organisationen*, Tübingen 1983.
- Dolzner, Rudolf/Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian* (Hrsg.), *Kommentar zum Bonner Grundgesetz (BK-GG)*, Loseblatt, Heidelberg.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar, Band I*, 3. Auflage, Tübingen

2013.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band III, 3. Auflage, Tübingen 2018.

Dreier, Horst, Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, DÖV 2002, S. 537.

Ehlers, Dirk, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag, Berlin 2002: Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, München 2002.

Ehlers, Dirk, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984.

Eifert, Martin, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat. Baden-Baden 1998.

Ende, Lothar/Kaiser, Jan, Wie weit ist die Liberalisierung der Schiene? Eine Bestandsaufnahme über die Marköffnung im Eisenbahnsektor, WuW 2004, S. 26.

Ennuschat, Jörg, Infrastrukturgewährleistung durch Privatisierung und Regulierung. Habilitationsschrift. Universität zu Köln, 2008, Manuskript.

Epping/Hillgruber, Beck'scher Onlinekommentar zum GG, 41. Edition (Stand: 15. Mai 2019), über beckonline.de, München 2019.

Etzold, Ruben Diemo, Die Gewährleistungsverantwortung des Bundes für die Schienenwege, Hamburg 2010.

Fehling, Michael, Instrumente und Verfahren, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, § 20, S. 1087.

Fehling, Michael, Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, AöR 121 (1996), 59.

Fehling, Michael, Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, § 10, S. 500.

Fehling, Michael, Zu Möglichkeiten und Grenzen identischer Wettbewerbsbedingungen für öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge und private Konkurrenten, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2001, S. 195.

Fehling, Michael, Zur Bahnreform. Eine Zwischenbilanz im Spiegel erfolgreicherer „Schwesterreformen“, DÖV 2002, S. 793.

Franzini, Claudio, Der „Gewährleistungsstaat“ - ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 2003, S. 493.

Franzini, Claudio, Der Gewährleistungsstaat, VerwArch 2008, S. 351.

Franzini, Claudio, Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen 2009.

Franzini, Claudio, Grundrechtsschutz in Europa – Zwischen Selbstbehauptungen

- und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte, in: *ZaöRV* 2015, 383.
- Freise, Rainer*, Die Deutsche Bundesbahn zwischen Staat und Markt, in: *Miram/Schmoeckel* (Hrsg.), *Eisenbahn zwischen Staat und Markt in Vergangenheit und Gegenwart*, Tübingen 2015, S. 33.
- Freund, Matthias*, *Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation. Staatliche Gewährleistungsverantwortung, Universaldienst, Wegrechte*, München 2002.
- Fromm, Günter*, Bundesbahnautonomie und Grundgesetz, *DVBl.* 1982, 288.
- Fromm, Günter*, Die Reorganisation der Deutschen Bahnen, *DVBl.* 1994, 187.
- Frotscher, Werner/Kramer, Urs*, Sechs Jahre nach der Bahnreform, *NVwZ* 2001, S. 24.
- Gersdorf, Hubertus*, Marktöffnung im Eisenbahnsektor, *ZHR* 168 (2004), 576.
- Gersdorf, Hubertus*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben - Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, *JZ* 2008, S. 831.
- Gersdorf, Hubertus*, Schienenpersonenfernverkehr zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und staatlicher Gewährleistungsverantwortung, *DVBl.* 2010, S. 746 ff.
- Gramm, Christof*, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, Berlin 2001.
- Grupp, Klaus*, Eisenbahnaufsicht nach der Bahnreform, *DVBl.* 1996, 591.
- Grzeszick, Bernd*, Hoheitskonzept und Wettbewerbskonzept. In: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV - Aufgaben des Staates*. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller.
- Grzeszick, Bernd*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht. In: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010, § 12, S. 417.
- Gurlit, Elke*, Grundrechtsbindung von Unternehmen, *NZG* 2012, 249.
- Hammer, Thomas*, Die unternehmerische Freiheit der Eisenbahnen des Bundes, *DÖV* 2011, 761.
- Hänsle, Walter*, *Streik und Daseinsvorsorge*, Tübingen 2016.
- Heintzen, Markus*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), S. 220.
- Heinze, Christian*, Das Gesetz zur Änderung des Verfassungsrechts der Eisenbahnen vom 20. 12. 1993, *BayVBl.* 1994, 266.
- Heinze, Christian*, Rechts- und Funktionsnachfolge bei der Eisenbahnneuordnung, *NVwZ* 1994, S. 748.
- Heinze, Christian*, Das Gesetz zur Änderung des Verfassungsrechts der Eisenbahnen vom 20. 12. 1993, *BayVBl.* 1994, S. 266.
- Heise, Elisabeth*, Die Deutsche Bahn AG: Heute ein „Wirtschaftsunternehmen in

privat-rechtlicher Form“ – Zugleich eine Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 22. 11. 2011, 2 BvE 3/08, DVBl. 2012, 1290.

Helmstädter, Felix, Die Trennung von Netz und Betrieb im Eisenbahnsektor. Eine europarechtliche Untersuchung des Ownership Unbundling, Baden-Baden 2011.

Henneke, Hans-Günter, Verfassungsänderungen zwischen Placebo-Effekten und tagespolitisch motivierten Einzelfallregelungen, Zeitschrift für Gesetzgebung 14 (1999), S. 1.

Hermes, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998.

Hermes, Georg/Sellner, Dieter (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, München 2006.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Gewährleistungsrecht und Gewährleistungsrechtsprechung am Beispiel regulierter Selbstregulierung (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat. Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 447.

Hommelhoff, Peter/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Die Deutsche Bahn AG als Wirtschaftsunternehmen, ZHR 1996, 521.

Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph, Die Deutsche Bahn AG im privaten Wettbewerb, in: Hartmut Bauer (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat. Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 467.

Höppner, Thomas, Die Regulierung der Netzstruktur. Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Eisenbahn, Baden-Baden 2009.

Isensee, Josef, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 71, S. 3.

Isensee, Josef, Staatsaufgaben, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 73, S. 117.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Auflage, München 2018.

Jochum, Georg, Die Grundrechtsbindung der Deutschen Bahn, NVwZ 2005, 779.

Kämmerer, Jörn Axel, Privatisierung, Tübingen 2001.

Kaufmann, Marcel/Lübbig, Thomas/Prieß, Hans-Joachim/Piinder, Hermann (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007. Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße. Kommentar, München 2010.

- Kilian, Michael/Hesse, Uwe*, Rechtlicher Status von Deutscher Bundesbahn und Deutscher Reichsbahn seit 1945, Die Verwaltung 1994, 175.
- Kirchhof, Gregor*, Rechtsfragen der Privatisierung: jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen, AöR 132 (2007), S. 215.
- Kirchhoff, Gabrielle/Boewe, Marius*, Die Privatisierung der Deutschen Flugsicherung GmbH – Politisches Wunschdenken und verfassungsrechtliche Realität, ZLW 2007, S. 17.
- Knauff, Matthias*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004.
- Knauff, Matthias*, Gewährleistungsstaatlichkeit in der Krise: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?, DÖV 2009, S. 581.
- Knecht, Ingo*, Streichungen beim Schienenpersonenfernverkehr - welche Pflichten hat der Bund?, NVwZ 2003, S. 932.
- Koenig, Christian*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe. Der Wettbewerbsbegriff als eingriffslegitimierendes Tatbestandsmerkmal der Regulierungsermächtigungsnorm, DVBl. 2009, S. 1082.
- Krajewski, Markus*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin u. a. 2011
- Kramer, Urs*, Das Recht der Eisenbahninfrastruktur. Von der Staatsbahn zu privatrechtlichen Wirtschaftsunternehmen, Stuttgart 2002.
- Kramer, Urs*, Die aktuelle Entwicklung des deutschen Eisenbahnrechts. Auf dem Weg zu einem perfekt regulierten Markt?, NVwZ 2006, S. 26.
- Kühling, Jürgen*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften. Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, München 2004.
- Kühling, Jürgen/Ernert, Alexander*, Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht - Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?, NVwZ 2006, S. 33.
- Lackner, Hendrik*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, Köln 2004.
- Lang, Markus*, Die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationswesen, NJW 2004, S. 3601.
- Lange, Frederike*, Verschiebungen im europäischen Grundrechtssystem?, in: NVwZ 2014, 169.
- Lecheler, Helmut*, Der Verpflichtungsgehalt des Art. 87 I 1 GG - Fessel oder Richtschnur für die bundesunmittelbare Verwaltung?, NVwZ 1989, S. 834.
- Lepsius, Oliver*, Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 1, S. 3.
- Lepsius, Oliver*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 4, S. 143.

- Lerche, Peter*, Infrastrukturelle Verfassungsaufträge (zu Nachrichtenverkehr, Eisenbahnen), in: Rudolf Wendt/Wolfram Höfling/Ulrich Karpen/Martin Oldiges (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, S. 233.
- Ludwigs, Markus*, Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290.
- Masing, Johannes*, Die US-amerikanische Tradition der "regulated industries" und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts: "constructed markets on networks" vor verschiedenen Rechtskulturen. In: AöR 128 (2003), S. 558.
- Masing, Johannes*, Post und Telekommunikation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 115, S. 811.
- Masing, Johannes*, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung, in: VerwArch 95 (2004), S. 151.
- Menges, Eva*, Die Rechtsgrundlagen für die Strukturreform der Deutschen Bahnen, Heidelberg 1997.
- Michalczyk, Roman*, Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb. Eine rechtshistorische interdisziplinäre Suche nach einer europäischen Regulierungstradition am Beispiel der Entwicklung der Eisenbahn in England, Preußen und den USA, Tübingen 2010.
- Möllers, Christoph*, Staat als Argument, 2. Auflage, Tübingen 2011.
- Monopolkommission*, Bahn 2015: Wettbewerbspolitik aus der Spur? 69. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG, Baden-Baden 2015.
- Mösinger, Thomas*, Privatisierung des Strafvollzugs, BayVBl. 2007, S. 417.
- Möstl, Markus*, Grundweichenstellungen des deutschen Eisenbahnverfassungsrechts, in: Rainer Pitschas/Arnd Uhle (Hrsg.), Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik. Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 833.
- Neumann, Gabriele*, Daseinsvorsorgeaufgabe Schienenpersonennahverkehr, Hamburg 2015.
- Ohler, Christoph*, Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh, in: NVwZ 2013, 1433.
- Peters, Hans*, Öffentliche und Staatliche Aufgaben, in: Rolf Dietz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band 2, München u. a. 1965, S. 877.
- Pielow, Johann-Christian*, "Soziale" Daseinsvorsorge und "Dienste von allgemeinem Interesse", in: Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Hrsg.), Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 491.
- Pielow, Johann-Christian*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung. Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deut-

- schen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, Tübingen 2001.
- Pieroth, Bodo*, Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen, AöR 114 (1989), S. 422.
- Pommer, Sophia*, Bahnreform und Enteignung. Die Rückkehr der privatbegünstigenden Enteignung im Eisenbahnwesen, Berlin 2002.
- Raschke, Dagmar*, Der Verkauf von Bahnhöfen der Eisenbahnen des Bundes, DVBl. 2009, S. 85.
- Reinhardt, Peter*, Die Deutsche Bahn AG - Von der öffentlich-rechtlichen zur privatrechtlichen Zielsetzung in Unternehmen der öffentlichen Hand, ZGR 1996, S. 374.
- Ronellenfitsch, Michael*, Daseinsvorsorge und Wirtschaftlichkeit des Eisenbahnwesens, DVBl. 2008, S. 201.
- Ronellenfitsch, Michael*, Die Umsetzung des Eisenbahninfrastrukturpakets, DVBl. 2002, S. 657.
- Ronellenfitsch, Michael*, Privatisierung und Regulierung des Eisenbahnwesens, DÖV 1996, S. 1028.
- Ruffert, Matthias*, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134 (2009), S. 197.
- Ruge, Reinhard*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State. Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin 2004.
- Ruge, Reinhard*, Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt, in: AöR 131 (2006), S. 1.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7 Auflage, München 2014.
- Schmidt, Reiner*, Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Der Staat 42 (2003), S. 225.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Aufgaben und Grenzen des Schienenwegvorbehalts in Art. 87e Abs. 3 GG, in: Klaus-Peter Dolde/Klaus Hansmann/Stefan Paetow/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verfassung - Umwelt - Wirtschaft. Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag. München 2010, S. 77.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, 2006.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Röhl, Hans Christian*, Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DÖV 1994, S. 577.
- Schmitt, Thomas/Staebe, Erik* (Hrsg.), Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht, München 2010.
- Schoch, Friedrich*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 241.

- Schoch, Friedrich*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962.
- Schubert, Werner*, Motive der Verstaatlichung der Eisenbahn in Preußen 1879/80, in: Miram/Schmoeckel (Hrsg.), Eisenbahn zwischen Staat und Markt in Vergangenheit und Gegenwart, Tübingen 2015, S. 15.
- Schulz, Gerhard*, Das Eisenbahnwesen des Bundes und die Stellung der deutschen Bahnen auf dem europäischen Binnenmarkt, Berlin 1995.
- Soldner, André*, Liberalisierung des Eisenbahnwesens. Zwischen Wettbewerb und Regulierung, Frankfurt am Main 2008.
- Sommer, Stephan*, Staatliche Gewährleistung im Verkehrs-, Post- und Telekommunikationsbereich. Zur Interpretation der Gewährleistungsnormen der Art. 87e IV und 87f I GG im System verfassungsrechtlicher Leistungspflichten, Berlin 2000.
- Sommermann, Karl-Peter*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997.
- Spannowsky, Willy*, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand. Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht, ZGR 1996, S. 400.
- Spoerr, Wolfgang*, Die Stilllegung von Eisenbahnstrecken nach § 11 AEG - Eisenbahninfrastruktur zwischen unternehmerischer Autonomie, öffentlicher Zweckbindung und Wirtschaftsaufsicht, DVBl. 1997, S. 1309.
- Stamm, Sina*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und zum Prozess der Privatisierung der Deutschen Bahn AG, Berlin 2010.
- Steiner, Udo*, Zur Rolle des Staates im Bereich der Verkehrswirtschaft, in: Jörg Ennuschat (Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart, Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger. Köln u. a. 2007, S. 179.
- Stender-Vorwachs, Jutta*, Staatliche Verantwortung für gemeinverträglichen Verkehr auf Straße und Schiene nach deutschem und europäischem Recht, Baden-Baden 2005.
- Stern, Klaus*, Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, in: DVBl. 1997, S. 309.
- Stober, Rolf*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben - Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?, in: NJW 2008, S. 2301.
- Storr, Stefan*, Der Staat als Unternehmer. Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001.
- Thier, Andreas*, Transportwege als Staatsaufgabe – Beobachtungen zum Wandel staatlicher Identitätsmerkmale, in: Miram/Schmoeckel (Hrsg.), Eisenbahn zwischen Staat und Markt in Vergangenheit und Gegenwart, Tübingen 2015, S. 91.
- Trute, Hans-Heinrich*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: DVBl. 1996,

S. 950.

- Trute, Hans-Heinrich/Broemel, Roland*, Die Regulierung des Zugangs in den Netz-wirtschaften, in: ZHR 170 (2006), S. 706.
- Uerpmann, Robert*, Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestands-merkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen 1999.
- Uerpmann-Witzack, Robert*, Verkehr, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 89, S. 783.
- Vofskuhle, Andreas*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Auf-gaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266.
- Waechter, Kay*, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2008.
- Weiß, Wolfgang*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: DVBl. 2002, S. 1167.
- Weiß, Wolfgang*, Europarecht und Privatisierung, in: AöR 128 (2003), S. 91.
- Weiß, Wolfgang*, Privatisierung und Staatsaufgaben. Privatisierungsentscheidun-gen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002.
- Wieland, Joachim*, Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postpriva-tisierung, in: Die Verwaltung 1995, S. 315.
- Wieland, Joachim*, Die Entwicklung der Wirtschaftsregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Die Verwaltung 18 (1985), S. 84.
- Wieland, Joachim*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben - Gestaltungsmöglichkei-ten, Grenzen, Regelungsbedarf, in: NdsVbl. 2009, S. 33.
- Wilkens, Sarah*, Wettbewerbsprinzip und Gemeinwohlorientierung bei der Er-bringung von Eisenbahndienstleistungen. Zum Verhältnis von Art. 87e III und IV GG, Berlin 2006.
- Wolf, Rainer*, Abschied von der Staatsbahn. Zur Reform der institutionellen Rah-menbedingungen für die Eisenbahnen in der Europäischen Gemeinschaft, in: KJ 2003, S. 192.

Lebenslauf

Thomas Hammer, geboren am 12. August 1982 in Stuttgart-Bad Cannstatt

2001	Abitur am Heinrich-Heine-Gymnasium Ostfildern-Nellingen
2001-2002	Zivildienst beim Stadtjugendring Stuttgart e. V.
2002-2007	Studium der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau; Abschluss mit dem Ersten juristischen Staatsexamen (Gut)
2007-2009	Rechtsreferendariat am OLG Stuttgart mit Stationen in Stuttgart, Berlin und Speyer; Abschluss mit dem Zweiten juristischen Staatsexamen (Gut)
2009-2010	Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Orrick Hölters & Elsing in Frankfurt am Main
2011-2015	Forschungsreferent am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer in einem Projekt von Herrn Professor Dr. Wieland zu Art. 91d GG (zwischenzeitlich beurlaubt für eine Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht)
2013-2015	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht (Dezernat: BVR Professor Dr. Masing)
2015-2016	Akademischer Mitarbeiter am KIT am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere öffentliches Informationsrecht, Datenschutzrecht und Regulierungsrecht
2017-2018	Richter (Verwaltungsgericht Karlsruhe)
2018-2019	Tätigkeit für verschiedene Rechtsanwaltskanzleien als freier bzw. juristischer Mitarbeiter
2019	Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Deutschen Bundestag (MdB Esther Dilcher)
Seit 9/2019	Rechtsanwalt und Manager bei der PricewaterhouseCoopers Legal AG Rechtsanwaltsgesellschaft, Stuttgart